Das

# Preußische Erbrecht

aus dem

## gemeinen deutschen Rechte

entwickelt

von



Dr. C. F. Koch.

II^te Abth.

{ Sechste Lieferung.
7^te "

Berlin,
Verlag von J. Guttentag.
1866.

Druck von Fr. Frommann in Jena.

ruft. Hiergegen schlägt er als Hülfsmittel Cautelen vor: „Denique cautela uti possumus, — conjuges actis insinuent, ibique invicem sibi stipulentur, omnia in ea contenta sese inconvulse servaturos: hoc enim facto revocatio aut mutatio invita altera locum non habet, ut auctoritatibus ac praejudicio JCtorum Lipsiensium confirmat Richter [23].“ Daß wenn der eine Ehegatte seine Verfügung widerrufen habe, die des Anderen auch nicht mehr bestehe, war ein von Brunnemann ([22]) aufgenommener Satz, welchen bereits Mevius ausführlich begründet hatte: „Cui consequens est, ut revocato per alterutrum conjugum testamento, aliud quoque omnino revocatum videri debeat, sicut contingit in omnibus actibus correspectivis, quorum corruente uno alterum corruit. Idque eo confirmatius statuendum, quia tunc utriusque heredibus non solis, sed cum conjuge, nec de solis suis, sed de communibus, confusis et commixtis bonis prospectum voluit. Unde satis in liquido est, neutrum ex conjugibus ita testaturum fuisse, si de suis bonis plus testatus fuisset, ut alterius heredes de suis bonis participarent, si sui non eodem jure ex alterius hereditate fruerentur. Cessante institutionis causa cessat ipse institutio, substitutio. Et cum testator certi quid disponit, id velle censetur rebus in eodem statu, de quo loquitur, manentibus. — Idem ex eadem ratione observandum, quando evidenter constat, ideo conjuges fecisse reciprocum testamentum, ut unus ab alio heres institueretur. Tunc revocante uno alterius revocatum censetur, et vice versa, tanquam quod non sit servata aut impleta conditio, ob quam fit institutio [24].“ Eine ähnliche Stellung wie Schilter nimmt J. S. Stryke in seiner oben angeführten Abhandlung v. J. 1702 zu der Lehre ein. Nachdem er von der Form der wechselseitigen Testamente und über die Erbverträge gesprochen, geht er zu den Wirkungen eines solchen Testaments über und leitet seinen Vortrag so ein, als wolle er, wie Schilter, beide Rechtsgeschäfte in ihren Wirkungen für einerlei erklären, fällt dann aber, gleich ihm, plötzlich ab und endet mit der Mevius'schen Ausführung, daß durch den einseitigen Widerruf des Einen auch das Testament des Anderen hinfalle, wobei selbstverständlich vorausgesetzt ist, daß noch beide Theile

23) Aus dessen Dec. XXII, 20 fügt er die betr. Relatio seinem §. 58 l. c. bei.

24) Commentarii in jus Lubecense, P. II, tit. 1, Art. X, nr. 39 — 44 (ed. 3. pag. 325).

am Leben sind. Soweit reicht die Geschichte bis zur Erscheinung des Landrechts, dessen Bestimmungen sich also hier anschließen. Der spätere Umschwung der herrschenden Meinung über die rechtliche Natur der Wirkung des wechselseitigen Testaments, welche zuerst sich der Ansicht, daß jede gegenseitige Disposition über die künftige Erbfolge unter jeder Form für einen wahren Erbvertrag gehalten werden müsse [25]), zuwendete, dann aber wieder in das entgegengesetzte Extrem der unbedingten freien Widerruflichkeit, auch nach dem Tode des Erstverstorbenen [26]), umschlug, trat lange nach der Einführung des Landrechts ein. Bevor die Bestimmungen des Landrechts selbst folgen, muß noch einer, in der Mitte des vorigen Jahrhunderts aufgekommenen, Ansicht gedacht werden, welche sich die Verfasser des Landrechts gleichfalls angeeignet haben. Sie bezieht sich nicht auf alle Arten von wechselseitigen Dispositionen, sondern nur auf eine solche, worin beide Eheleute über ihr beiderseitiges Vermögen wie über ein Ganzes verfügen, indem sie sich gegenseitig einsetzen und dabei bestimmen, wer nach dem Tode des Längstlebenden der Erbe sein soll. Diese Ansicht, welche man Hommel zuschreibt und großen Beifall gefunden hat, besteht darin, daß der Ueberlebende durch die Antretung der Erbschaft aus einem solchen Testamente auch seine eigene Verfügung bindend, und das Ganze daher unwiderruflich mache [27]). Man bezieht diese Ansicht auf dasjenige Testament, welches die Neueren ein korrespektives zu nennen pflegen, d. i. ein solches, worin die Erbeseinsetzung eines Jeden mit Rücksicht auf die Gegenseitigkeit, also bedingt geschieht, so daß, wenn die Voraussetzung, daß es bei der gegenseitigen Erbeseinsetzung verbleiben werde, nicht zutrifft, d. h. wenn der Eine seine Verfügung einseitig, ohne des Anderen Wissen und Willen, widerruft, auch die Verfügung des Anderen eben dadurch unkräftig wird, wie Mevius oben ausführt. Der durch den Erbschaftsantritt eintretenden Unwiderruflichkeit der eigenen Verfügung liegt folgende Ansicht zum Grunde. Jeder der Testirer hat über das beiderseitige Vermögen wie über ein Ganzes verfügt, es ist ein Universal-Fideikommiß vorhanden, welches beide Vermögen begreift. Jeder der Testatoren hat zugleich über das Vermögen des Anderen verfügt, was an sich gemeinrechtlich erlaubt

25) v. Bülow u. Hagemann, praktische Erörterungen, Bd. IV, Nr. 29, §§. 7 u. 8.

26) Hasse a. a. O. S. 500—549. — Diesem wieder entgegen: Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXVIII, S. 214 ff.

27) Hommel, Rhapsod., quaest. I, 166. — Beseler, Erbverträge, II, 4, §. 13, S. 334.

ist[28]), und wird die Verfügung durch Erbschaftsantretung, welche eine obligatio quasi ex contractu begründet, unwiderruflich wirksam. Nunmehr ist dem Sinne der Disposition gemäß das beiderseitige Vermögen als ein einziges, und zwar dem Fideikommißrechte unabänderlich unterworfenes anzusehen, weil der Erbe, sobald er die Erbschaft angetreten hat, in vermögensrechtlicher Hinsicht mit dem Erblasser für Eine Person anzusehen ist. Daher konnte der Erblasser das Vermögen des Erben auf den Fall, daß der Erbe die Erbschaft annimmt, ebenso wie das eigene mit einem Fideikommiß beschweren, wofür der Erbe das von ihm angenommene Aequivalent in der Verlassenschaft des Erblassers hat[29]).

V. Hier schließen sich die landrechtlichen Bestimmungen, welche wesentlich das Geschichtliche aufgenommen haben, wie folgt, an.

1. Den wechselseitigen Testamenten ist ihr rechtlicher Charakter hinsichtlich der Widerruflichkeit gewahrt, sie sind in ihrer Wirksamkeit an sich nicht den Erbverträgen gleichgestellt.

2. Es ist reine Willensfrage: ob die Eheleute einen Erbvertrag oder nur ein wechselseitiges Testament haben errichten wollen. Die angewendete äußere Form und der gebrauchte Name entscheidet hierüber gar nichts.

a) Haben beide Theile sich in einer, nach Art eines Erbvertrages, errichteten Vereinbarung unter dem Namen eines Erbvertrages über ihre künftige wechselseitige Erbfolge die Befugniß, von dem Erbvertrage nach Gutbefinden abzugehen, vorbehalten, so wird das Geschäft nur als ein Testament angesehen[30]). Denn die Versiegelung und Aufbewahrung der Urkunde im gerichtlichen Depositorio gehört nicht zu den wesentlichen Förmlichkeiten eines Testaments, wie oben in der Darstellung der äußeren Form der Testamente schon gesagt ist.

b) Umgekehrt sind die unter dem Namen eines wechselseitigen Testaments errichteten und versiegelt bei Gericht niedergelegten letztwilligen Verordnungen, worin beide Theile sich des Widerrufs ausdrücklich begeben haben, als Erbverträge anzusehen[31]). Dies ist die von Schilter (Nr. IV) anempfohlene Klausel.

c) Ist es nach den gebrauchten Ausdrücken und der ganzen

28) L. 25 C. de fideicommissis (VI, 42).

29) Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXV, S. 69, u. Bd. XXXVIII, S. 238 und die dort angeführten Schriftsteller.

30) A. L.R. I. 12, §. 635.

31) Ebenda II, 1, §. 494. — Zu vergl. J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle, I, 42.

Fassung der Erklärung, wobei Name und äußere Form gar nicht zu berücksichtigen sind, zweifelhaft, welches Geschäft man gewollt hat, so wird ein Testament angenommen [32]).

3. Dergleichen wechselseitige Testamente, in sofern dieselben nicht etwa als ein wirklicher Vertrag errichtet, und mit der für Erbverträge vorgeschriebenen Form versehen, d. h. in rechtsgültiger Form zu Stande gekommen sind (vergl. Nr. 2), können, ohne Unterschied zwischen bloßen reciproken und sogenannten korrespektiven Testamenten, einseitig ganz nach Willkür widerrufen werden; durch solchen Widerruf eines der Ehegatten wird jedoch zugleich auch das Testament des Anderen vernichtet [33]). Eine Ausnahme hiervon nehmen Viele an, wenn dem Anderen der Widerruf bekannt geworden, derselbe aber dennoch sein Testament unabgeändert gelassen hätte. Dann soll sein Testament bei Kräften bleiben, und die Vermuthung für die Korrespektivität desselben dadurch hinwegfallen, d. h. man soll dann annehmen, es lägen zwei Testamente vor, welche sich gegenseitig nach der Absicht der Testatoren nicht bedingen sollten, so daß aus dem Widerrufe des Einen noch nicht folge, daß auch der Andere das seinige widerrufen habe [34]). Von dieser Ausnahme hat das Landrecht Etwas aufgenommen: „Hat jedoch der andere Ehegatte weder seines Orts ausdrücklich widerrufen, noch eine andere letztwillige Verordnung errichtet, so bestehen diejenigen Vermächtnisse, welche er in dem wechselseitigen Testamente anderen als solchen Personen, die bloß mit dem Widerrufenden als Verwandte oder besondere Freunde verbunden sind, ausgesetzt hat [35]).“ Hierdurch hat man eine Kontroverse entscheiden wollen [36]). Aber kontrovers ist hier Alles, sogar das Institut selbst. Bei der landrechtlichen Bestimmung ([35]) kommt es auch nicht darauf an, ob der andere Theil von dem Widerrufe etwas erfahren habe oder nicht, es genügt die Thatsache, daß er sein Testament unverändert hat beste-

---

32) A. L.R. a. a. O. §. 447. — In den allermeisten Fällen wissen die Leute selbst nicht, was sie wollen, weil sie als Rechtsunkundige sich der Verschiedenheit der beiden Geschäfte nicht bewußt sind. Daher ist das wechselseitige Testament nicht volksthümlich, man kennt es eben nicht, weil es nicht aus dem Rechtsbewußtsein entstanden ist.

33) Ebenda §. 485. — Das Letztere nimmt das östr. Ges.-B. §. 1248 nicht an.

34) Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXV, S. 67, Nr. 3 und die in der Note 39 daselbst angeführten Schriftsteller. Diese Ansicht liegt auch dem östr. G.-B. §. 1248 zum Grunde.

35) A. L.R. a. a. O. §. 486.

36) Suarez, Schlußvorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 118.

hen lassen. Dies erhellet aus der Entstehungsgeschichte. In dem Entwurfe zum A. L.R. fehlte die Bestimmung, es war ohne Einschränkung im §. 393, Th. II, Tit. 9 desselben nur bestimmt, daß wechselseitige Erbeseinsetzungen schon durch den Widerruf Eines der Eheleute vernichtet würden. Dies fand Suarez, in Folge der Bemerkung einiger Monenten, hart und unbillig, weil, wenn der eine Ehegatte von dem Widerrufe des Anderen nichts erfahre, und also in der Meinung, daß das wechselseitige Testament noch gültig sei, sterbe, seine Legatarien wider seinen Willen um die ihnen zugedachten Vortheile kommen könnten. Da nun der Widerruf bei einem anderen Richter erfolgen könne, als bei demjenigen, bei welchem das Testament deponirt worden, und also der gemachte Vorschlag, daß der Richter, bei welchem der Widerruf erfolgt, davon Mittheilung zu machen habe, nicht ausführbar sei und nicht der Sache Genüge leiste, so schlug Suarez vor: daß diejenigen Legate gelten sollten, welche der nicht widerrufende Theil zum Besten Anderer als der Verwandten und Freunde des Widerrufenden ausgesetzt hat; denn bei diesen könne man keine Rücksicht auf die Dispositionen des Widerrufenden vermuthen. Nach diesem Vorschlage wurde der §. 486 eingeschaltet[37]). Was durch denselben durch positive Satzung festgestellt wird, versteht sich nach der gemeinrechtlichen Theorie von selbst. Danach wird durch den Widerruf des Einen die letztwillige Verordnung des anderen Ehegatten keineswegs ipso jure vernichtet, sie gewährt nur dem Widerrufenden keinen Anspruch auf ein Erbrecht daraus, weil er die Bedingung seiner Erbeseinsetzung nicht erfüllt hat. Daraus ergiebt sich selbstverständlich, daß die Vermächtnisse, die von jener Bedingung nicht berührt werden, an die Legatare entrichtet werden müssen.

Bloße Aenderungen und Zusätze bei Vermächtnissen und anderen dergleichen Verfügungen bewirken niemals die Vernichtung des gegenseitigen Testaments: sie sind aber für ungültig erklärt, in sofern sie bloß einseitig gemacht worden, und zum Nachtheile des überlebenden Ehegatten abzielen[38]). Bei dieser Bestimmung ist wieder die Idee, daß dergleichen Testamente die Wirkung von Erbverträgen hätten, auch wenn sie nicht eigentlich sogenannte korrespektive sind, herrschend gewesen, denn selbst aus der Ansicht, daß korrespektive Testamente wirklich und immer bedingte seien, kann niemals eine

---

37) Motive der Ges.=Revision, Pensum XVI, S. 243.

38) A. L.R. a. a. O. §§. 487 u. 488.

Ungültigkeit der einseitig getroffenen Verfügung, sondern nur das folgen, daß die gegenseitige Erbeseinsetzung wegen diesseitiger Nichterfüllung der Bedingung unwirksam bleibt [39]); die Bestimmung paßt also nicht in das angenommene System. „Aenderungen und Zusätze — sind ungültig, in sofern sie bloß einseitig gemacht worden", sagt die Bestimmung. Wie ist es damit, wenn man sich einseitige außergerichtliche oder auch gerichtliche Kodizille vorbehalten hat: sind dann die darin zum Nachtheile des überlebenden Ehegatten getroffenen Aenderungen und Zusätze bei Vermächtnissen auch ungültig, weil einseitig? Das ist schlechthin zu verneinen, weil in dem Vorbehalte künftig zu errichtender einseitiger Kodizille die Erklärung enthalten ist, daß man durch das wechselseitige Testament nicht gebunden sein wolle, eine Erklärung, welche das gerade Gegentheil von dem, was man bei einem sogenannten korrespektiven Testamente voraussetzt und dessen Nichteintreffen Ungültigkeit der eigenen Verfügung zur Folge hat, deutlich ausspricht.

4. Wechselseitige Testamente sind zwei in einem und dem nämlichen Instrumente äußerlich verbundene Testamente zweier Personen. Jeder Testator muß daher volle physische Testirfähigkeit und Testamentifaktion haben. Daher kann das eine Testament gültig und das andere wegen Mängel an der inneren Form von Anfang ungültig sein oder auch später aus irgend einem Grunde, z. B. durch Uebergehung eines Notherben aus Irrthum und Versäumung der zur Abänderung gegebenen Jahresfrist, oder durch Adoption, ungültig werden. Die Frage ist: ob dadurch das an sich gültige Testament des anderen Ehegatten ebenfalls ipso jure vernichtet ist, oder ob dasselbe erst widerrufen werden muß, um außer Wirksamkeit gesetzt zu werden. Eine ausdrückliche Bestimmung darüber hat das Landrecht nicht und das gemeine Recht kommt uns nicht zu Statten, weil man darüber uneins ist. Nach der Analogie vom Widerruf ([33]) ist jedoch anzunehmen, daß beide Testamente nur mit und nebeneinander bestehen und daher die Hinfälligkeit des einen Testaments, sei es aus einem Grunde wie immer, die Unwirksamkeit des anderen Testamentes von selbst nach sich ziehe, in soweit nämlich der andere Ehegatte, dessen Verwandten und besonderen Freunde darin begünstigt sind, wogegen die, anderen als solchen Personen zugedachten, Vermächtnisse bestehen bleiben ([35]).

5. „Wenn die Ehe unter den wechselseitig testirenden Eheleuten

39) Zu vergl. oben die Ausführung von Mevius.

durch Scheidung getrennt worden, so verliert das ganze wechselseitige Testament von selbst seine Gültigkeit [40])." Der Nachdruck ist hier auf „das Ganze" zu legen; sämmtliche darin enthaltenen letztwilligen Verfügungen beider Eheleute verlieren durch die Ehetrennung ihre Kraft. Daß die wechselseitige Erbeseinsetzung vereitelt werde, ist nicht zweifelhaft, denn jede während der Ehe verordnete auch einseitige testamentarische Zuwendung des einen Ehegatten an den anderen wird durch die Ehescheidung aufgehoben, weil dem Begünstigten zur Zeit des Erbanfalls die vorausgesetzte Eigenschaft fehlt. Bielitz aber sagt, diese Frage sei zu verneinen, weil der §. 489 ([40]) nur die Ungültigkeit eines wechselseitigen Testaments ausspreche, einseitige Testamente überhaupt nur durch Widerruf oder Zurücknahme ungültig würden, und selbst bei außergerichtlichen Legaten bloße Vermuthungen, daß der Testirer seinen letzten Willen habe ändern wollen, keine Rücksicht verdienten [41]). Diese Gründe treffen die Sache nicht. Ulpian sagt: „Sed ut legatum valeat, mortis tempore uxorem esse debere, Proculus scripsit: et verum est. Separatio enim tollit legatum [42])." Und weiter: „Uxori legavit, quae ejus causa parata sunt, et ante mortem divortit: non deberi, quia ademta videantur, Proculus ait; nimirum facti quaestio est: nam potest nec repudiatae adimere voluisse [43])." Also kann der Testator seinen Ehegatten mit der Zuwendung selbst auf den Fall der Scheidung allerdings haben bedenken wollen, allein dies ist jedesmal eine facti quaestio, welche aus dem Inhalte der Erklärung, oder aus den Umständen zu beurtheilen ist. Damit stimmt im Wesentlichen auch das Landrecht überein: „Ist die Person des Legatarii bloß durch sein Verhältniß gegen den Erblasser bezeichnet, so kann nur der, welcher zur Zeit des Todes in einem solchen Verhältnisse mit dem Erblasser gestanden hat, das Legat von dem Erben fordern; es wäre denn, daß aus dem Inhalte der Verordnung, oder sonst aus den Umständen erhellete, daß der Testator nicht bloß auf dies Verhältniß, sondern zugleich auf persönliche Zuneigung, bei

40) A. L.R. a. a. O. §. 489. — Vor Einführung des Landrechts sind über die Frage difforme Erkenntnisse ergangen, in revisorio aber doch der im §. 489 festgestellte Grundsatz angenommen worden. Hymen, Beiträge, Bd. II, S. 112 flg.

41) Kommentar zum Allg. Landrecht, Bd. V, S. 192, Nr. 9.

42) L. 49, §. 6 D. de legatis III.

43) L. 3 D. de auro, argento (XXXIV, 2).

Aussetzung des Legats Rücksicht genommen hat [44])." Zwischen Legat und Erbtheil ist in Hinsicht der Zuwendung und Entziehung im Falle der Scheidung paritas rationis [45]). Die in Rede stehende Aufhebung jeder während der Ehe zu Gunsten des geschiedenen Gatten errichteten letztwilligen Verfügung durch die Scheidung tritt auch ein, ohne daß dabei zwischen dem schuldigen und unschuldigen Theile unterschieden wird; die geschiedenen Eheleute werden wegen ihres künftigen Erbrechts vollständig auseinandergesetzt: der schuldige verliert das seinige zur Strafe, der unschuldige wird dafür von dem schuldigen abgefunden und die gleichschuldigen Eheleute kompensiren mit einander: keiner hat an den Anderen einen Anspruch.

Durch die rechtskräftig gewordene Ehescheidung verliert, sagt das Gesetz ([40]), das ganze wechselseitige Testament von selbst seine Gültigkeit, es bedarf also keiner besonderen Handlung zur Vernichtung, namentlich keines Widerrufs und keiner Zurücknahme. Daraus folgt, daß, wenn die geschiedenen Eheleute sich wieder mit einander verheirathen, dadurch ihr ehemaliges wechselseitiges Testament, wenn es auch nicht widerrufen und nicht zurückgenommen worden, nicht wieder hergestellt werden kann. Diese Ehe ist eine andere, eine neue, keine fortgesetzte.

6. Ist durch den Tod des einen Ehegatten dem Anderen die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente angefallen, so steht es in der freien Wahl des Ueberlebenden, ob er die Erbschaft behalten oder ob er sich abstiniren will. Schlägt er die Erbschaft aus, was jedoch innerhalb der gesetzlichen Deliberationsfrist geschehen muß, so ist die Folge davon die, daß der Ueberlebende über sein eigenes Vermögen von Todes wegen wie unter Lebenden frei verfügen kann [45a]), daß er aber aus der Verlassenschaft des Verstorbenen keinen gesetzlichen Erbtheil, sondern nur das, was ihm etwa durch Eheverträge zugesichert worden, zu fordern berechtigt ist [46]). Nimmt er aber die Erbschaft aus dem Testamente an, was, wie gesagt, von selbst ge-

---

44) I, 12, §§. 546, 547.

45) Zu vergl. L. un. §. 1 D. de bonor. poss. unde vir et uxor (XXXVIII, 11).

45a) Quistorp, rechtliche Bemerkungen, II. S. 61.

46) A. L.R. II, 1, §§. 490, 491; I, 9, §§. 401—405. — Zu vergl. I, 12, §. 642. — Bielitz sagt a. a. O. ([41]) Nr. 9: Der §. 490 legt dem überlebenden Ehegatten nur bei einem wechselseitigen Testamente das Recht bei, der Erbschaft aus dem Testamente zu entsagen, und die gesetzliche Erbfolge zu wählen. Das ist unverständlich. Der §. 490 enthält davon kein Wort, aber der §. 491, verb. mit I, 9, §. 401, sagt das gerade Gegentheil.

schehen ist, wenn er vor Ablauf der Deliberationsfrist nicht entsagt [47]); so ist nun zufolge der Hommel'schen Ansicht (Nr. IV a. C.) der Zustand eingetreten, welcher eine so ausgiebige Quelle von Prozessen geworden ist. Die landrechtlichen Bestimmungen darüber im Tit. 1, Th. II lauten wie folgt:

§. 492. Nimmt er die Erbschaft aus dem Testamente an; so kann er auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen, in so fern aus der Fassung oder aus den Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß, in Rücksicht auf diese Verfügungen, zugewendet habe.

§. 493. Dies wird hauptsächlich bei solchen Verordnungen des überlebenden Ehegatten vermuthet, welche zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder, oder der Verwandten oder besonderen Freunde des Erstverstorbenen abzielen.

Der Gegenstand dieser Bestimmungen ist dasjenige wechselseitige Testament, welches man ein korrespektives nennt, sie beziehen sich nicht auf die einfachen wechselseitigen Testamente (testamenta reciproca). Bei diesen ist das Verhältniß einfach. Nimmt der Ueberlebende die Erbschaft an, so erhält er das ihm in dem Testamente des Verstorbenen zugedachte Vermögen und hat nur die ihm gemachten Auflagen in der Weise zu erfüllen, wie es geschehen müßte, wenn er aus einem einseitigen Testamente Erbe desselben geworden wäre, er kann aber auch, wenn die Belastungen ihn in seinem Pflichttheile verletzen, Ergänzung oder Befreiung seines Pflichttheils fordern. Sein eigenes Testament dagegen wird dadurch für ihn nicht bindend. War der Verstorbene allein darin zum Erben eingesetzt, so ist dasselbe durch dessen Tod destituirt; waren noch Andere darin bedacht, so ist der Ueberlebende durch nichts gehindert, sein Testament nach Gefallen abzuändern, zu widerrufen oder zurückzunehmen.

Was dagegen das korrespektive Testament betrifft, so entsteht vor Allem

A. die quaestio facti, ob das im gegebenen Falle vorliegende Testament ein solches sei. Dieses soll

a) aus der Fassung oder aus den Umständen erhellen, also durch Willensauslegung festgestellt werden; und

b) vermuthet werden bei solchen Verordnungen des Ueberlebenden, welche zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder, oder der Verwandten oder besonderen Freunde des Erstverstorbenen abzielen.

---

47) Erk. des Obertr. vom 1. November 1847 (Archiv f. Rechtsfälle Bd. III, S. 63); A. L.R. I, 9, §§. 397, 398, 414.

Wie sich beide Feststellungsmodi zu einander verhalten, ist unklar. Gegen Vermuthungen ist der Gegenbeweis zulässig. Durch welche Mittel könnte ein solcher geführt werden? Und weiter: wie soll gefunden werden, welchen Antheil die Willensauslegung an der Ueberzeugung des Richters, und welchen Einfluß die Vermuthung bei der Feststellung der Thatsache gehabt habe, um ein Beweisthema für den Gegenbeweis gegen die Vermuthung zu gewinnen? Diese Betrachtung führt zu der Ueberzeugung, daß man hier nicht eine Vermuthung hat gründen, sondern eine Interpretationsregel hat geben wollen. Denn wenn die Vermuthung auch auf die einseitige Absicht dessen, der binden wollte, gerichtet wird, so ist damit durch die Entkräftung derselben nichts gewonnen.

B. Ist das Testament wirklich ein korrespektives, so kommen folgende Grundsätze zur Anwendung:

a) Das Vermögen beider Eheleute, nämlich die Verlassenschaft des Verstorbenen und das Vermögen des Ueberlebenden, werden durch die Erbschaftsantretung zu Einem Vermögen verschmolzen, was ja ein unstreitiger allgemeiner Rechtsgrundsatz ist[48]). Diese ganze Masse ist durch die korrespektive Erbeseinsetzung und durch die Antretung der Erbschaft in ein Universal-Fideikommiß verwandelt, welches beider Ehegatten Vermögen in sich begreift. Jeder der Testatoren hat hier zugleich über das Vermögen des Andern verfügt, der Ueberlebende muß daher diesen Willen des Verstorbenen als seinen eigenen Willen anerkennen, wenn er dessen Erbe geworden ist[49]). Auch die jüngere Praxis des Obertribunals hat in Uebereinstimmung mit der älteren wiederholt als Rechtsgrundsatz anerkannt, daß, wenn Eheleute sich in einem wechselseitigen Testamente, bei welchem die Voraussetzungen des §. 492 vorhanden sind, zu Erben ihres ganzen Nachlasses eingesetzt und zugleich angeordnet haben, daß bestimmte Personen nach dem Tode des letztlebenden Ehegatten dessen Nachlaß erben sollen, dann der überlebende Ehegatte, welcher die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hat, an die Anordnungen des Testa-

48) L. 22 D. de usurpation. et usucap. (XLI, 3); Nov. 48 in Praef. — A. L.R. I, 9, §. 418.

49) Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXV, S. 69; Pütter, auserlesene Rechtsfälle, Bd. I, Th. 2, resp. XLII, §. 6, S. 440 ff. — Berger, Oeconomia juris, Lib. II, tit. 4, th. 22, Nota 4. — M. s. auch die von dem Obertr. in revisorio durch das Erk. vom 2. März 1802 bestätigten Entscheidungen des Berliner Stadtgerichts vom 8. November 1799 und des Kammergerichts vom 8. Januar 1801.

ments über die Vererbung seines Nachlasses als Fiduziarerbe gebunden ist[50]).

b) Lautet die Verfügung so allgemein, wie soeben vorausgesetzt ist, und ist nicht gesagt, auf welchen Zeitpunkt bei der Beurtheilung des zu einem Universal-Fideikommiß gemachten Vermögens zu sehen sei, ob dasjenige Vermögen, wie es zur Zeit der Testamentserrichtung, oder wie es zur Zeit des Todes des Erstversterbenden, oder wie es bei dem Tode des Letztlebenden beschaffen, gemeint sei, so wird angenommen, daß die Bestandtheile dieses Fideikommisses nach der Todeszeit des Letztlebenden bestimmt werden, weshalb auch der von diesem gemachte neue Erwerb, aus welchem Grunde wie immer derselbe sich auch ereigne, dazu gehört. Denn das zu einem Ganzen verschmolzene beiderseitige Vermögen ist eine universitas juris, quae et accessionem et decessionem in se recipit[51]), und nimmt daher auch den künftigen Erwerb in sich auf[52]). Gleichwie der künftige Fideikommißerbe des Letztlebenden sich mit dem durch Schuld desselben oder durch Unglücksfälle bedeutend verminderten Vermögen begnügen müßte, so gebührt ihm auch das vermehrte Vermögen, worüber der Letztlebende von Todes wegen zu verfügen nicht berechtigt ist. Dieser Meinung hat sich auch die Praxis der preußischen Gerichte angeschlossen. In einem Falle, wo Eheleute, die nicht in Gütergemeinschaft lebten, ein korrespektives Testament in dem hier gemeinten Sinne errichtet hatten und der Ueberlebende die Erbschaft daraus annahm, machte derselbe später eine Erbschaft, an welche die Testatoren nicht gedacht hatten. Ueber dieses ererbte Vermögen verfügte der Letztlebende in einem besonderen Testamente, in der Meinung, daß das wechselseitige Testament nur über das beim Tode des Erstverstorbenen vorhanden gewesene gemeinschaftliche Vermögen verfüge, er aber über ein später erworbenes, lange nachher durch den Tod seiner Schwester ihm zugefallenes neues, eigenes Vermögen in dem gegenwärtigen zweiten Testamente verfügen wolle. Ueber die Gültigkeit dieses zweiten Testaments kam es zum Prozesse. Die beiden Instanzgerichte erklärten dasselbe für ungültig und das Revisionserkenntniß des Obertribunals bestätigte diese Entscheidungen aus folgenden Gründen: „Jene Meinung erscheint un-

50) Erk. des Obertr. vom 9. Juli 1851 (Entsch. Bd. XXIII, S. 193). — Zu vergl. Erk. vom 1. Oktober 1838 (Schles. Archiv, Bd. III, S. 573).

51) L. 178, §. 1 D. de verbor. significatione (L, 16).

52) Mühlenbruch. Bd. XXXV, S. 74, u. Bd. XXXVIII, S. 226. — Hasse a. a. O. S. 265 u. 274. — Bynkershoek, Quaest. jur., L. III, cap. 10, in verb. „Cum ambo“ etc.

richtig; mit dem fraglichen Ausdrucke des wechselseitigen Testaments von dem gesammten gemeinschaftlichen Vermögen der Eheleute ist nicht der eingeschränktere Sinn eines Vermögens, welches die Eheleute damals, und bis an den Tod des Erstversterbenden gleichzeitig besessen, sondern nach dem Zusammenhange der ganzen Stelle [53]) der weitere Sinn eines beiderseitigen, auch die zukünftigen Erwerbungen des Ueberlebenden bis an dessen Tod in sich schließenden, und eine gemeinsame Masse darstellenden, und deshalb als gemeinschaftlich bezeichneten Vermögens, zu verbinden. Denn von einem während der Ehe gemeinschaftlich gewesenen Vermögen konnte nicht die Rede sein, da eine provinzielle Gemeinschaft der Güter nicht existirte; es sollte vielmehr das Verhältniß auch für die Folgezeit bis zum Ableben des Ueberlebenden bestimmt, und den Descendenten die Erbfolge überhaupt in den künftigen Nachlaß des Ueberlebenden zugesichert werden. Darauf deutet schon die Einsetzung der Descendenten zu Universalerben hin, die also im natürlichen Wortverstande den ganzen künftigen Nachlaß in sich fassen muß; darauf deutet ferner die Bestimmung, daß der Ueberlebende im ruhigen Besitz und Genuß des gesammten gemeinschaftlichen Vermögens ohne einige Sicherstellung wegen des, bei seinem Ableben nachzulassenden Vermögens bleiben solle, und daß die Descendenten sich mit dem begnügen sollten, was bei dem Ableben des Letztlebenden von dem gemeinschaftlichen Vermögen vorhanden sein würde. — Wäre es die Meinung der Testatoren gewesen, die dem Ueberlebenden künftig noch zufallenden neuen Vermögenserwerbungen von der Disposition auszuschließen, so hätten sie dieses ausdrücklich erklären müssen, und da sie dies nicht gethan haben, so kann man nur sagen, daß — sie an den Fall künftiger neuer Vermögenszuwüchse nicht besonders dachten —; allein daraus folgt nur —, daß dies künftige Vermögen nicht ausgeschlossen ist, weil sonst das sehr unklare Resultat hervorgehen würde, daß es über einen Theil des künftigen Nachlasses an einer Disposition fehlte und die Nothwendigkeit begründet wäre, nach dem Tode des Letztlebenden — wenn es diesem gefiele, über jenen Theil des Nachlasses anderweit zu verfügen —

---

53) Diese lautete, daß der von ihnen Beiden zuletzt Lebende, so lange er lebte, in dem ruhigen Besitz und Genuß des gesammten gemeinschaftlichen Vermögens ohne einige Sicherstellung wegen des bei seinem Ableben nachzulassenden Vermögens bleiben, ihre Descendenten aber sich mit dem begnügen — sollten, was nach dem Ableben des Letztlebenden von ihnen alsdann noch von dem gemeinschaftlichen Vermögen vorhanden sein würde.

eine Ermittelung zu veranstalten, was von dem sogenannten gemeinschaftlichen Vermögen noch vorhanden und was später erworben sei. Eine solche Unterscheidung ist dem wechselseitigen Testamente fremd[54])." — Hierdurch ist nun das vorhin als von der opinio communis angenommene Prinzip, daß auf das Vermögen zu sehen sei, welches sich bei dem Tode des Letztlebenden vorfinde, wenn die Testatoren nicht ausdrücklich etwas Anderes angeordnet haben, als auch nach dem preußischen Rechte geltend ausdrücklich anerkannt, und die sonstige Ausführung zielt nur darauf ab, die Thatsächlichkeit nachzuweisen, daß hier ein korrespektives Testament im Sinne des §. 492 vorliege, und daß die Testatoren etwas von dem Prinzip Abweichendes nicht verfügt hätten.

Hiermit ist aufgewiesen, daß auch nach preußischem Rechte der Ueberlebende, welcher die Erbschaft aus dem korrespektiven Testamente angetreten hat, keinesweges über die von ihm nachher gemachten neuen Erwerbungen von Todes wegen besonders verfügen kann, daß er es vielmehr bei seinen in dem wechselseitigen Testamente getroffenen Verfügungen schlechthin bewenden lassen muß, wenn in demselben darüber nichts Anderes vorgesehen ist. Allein diese Festigung des Willens des Ueberlebenden vollzieht sich nicht lediglich durch dessen Antretung der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente; vielmehr gehört dazu auch noch, daß diejenigen, welche nach dem Tode des Letztlebenden fideikommissarisch oder bedingt zur Erbschaft berufen sind, dieselbe geradeso, wie sie ihnen geboten wird, unbedingt annehmen. Wenn daher z. B. die Notherben des Erstverstorbenen sich mit ihrer Berufung nach dem Tode des Ueberlebenden nicht zufrieden stellen, die fideikommissarische Erbschaft aus dem Testamente ausschlagen und ihren Pflichttheil aus dem Nachlasse des Erstverstorbenen fordern und auch erlangen; so ist der Letztlebende an seine eigenen Verordnungen zu deren Gunsten nicht gebunden, vielmehr hat er nun freie Hand, über seinen dereinstigen Nachlaß, wie es ihm gefällt, zu verfügen. Dieser Rechtssatz ist, als nach preußischem Rechte gültig, in letzter Instanz gegen die abweichende Meinung des Appellationsgerichts, von der Praxis festgestellt. Eheleute hatten sich in ihrem wechselseitigen Testamente zu Universalerben mit der

54) Diese Erkenntnisse sind mitgetheilt in der Jurist. Wochenschrift vom J. 1835, S. 436 u. flg. Das Erk. I. Instanz des Berliner Stadtgerichts ist vom 31. Oktober 1831, das des Oberappellationssenats des Kammergerichts vom 8. Mai 1832, das bestätigende Revisionserkenntniß des Obertribunals ist ohne Datum, es wird nur gesagt: „das am 25. eröffnete Urtel des Obertribunals", Monat und Jahr sind in der Feder geblieben.

Bestimmung eingesetzt, daß nach dem Tode des Letztlebenden von ihnen dasjenige, was alsdann von ihrem Vermögen noch übrig sei, die Tochter der Ehefrau aus einer früheren Ehe und eine Enkelin derselben haben sollten. Die Frau starb zuerst und der hinterbliebene Ehemann trat die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente an. Die Tochter aber und die Enkelin gingen darauf nicht ein; sie forderten und erhielten ihren Pflichttheil aus dem Nachlasse ihrer Mutter beziehungsweise Großmutter. Der Wittwer errichtete nun ein zweites Testament, und überging die Stieftochter und die Stiefenkelin. Diese traten dann nach dem Tode ihres Stiefvaters als Erbprätendenten aus jenem wechselseitigen Testamente ihrer Mutter resp. Großmutter auf. Das Gericht erster Instanz wies sie ab, das Appellationsgericht (Hamm) erkannte ihnen den Anspruch zu, das Obertribunal jedoch vernichtete dessen Erkenntniß und bestätigte das Urtel erster Instanz. „Die Klägerinnen," heißt es in den Gründen, „können ihren vermeintlichen Anspruch nur auf das gemeinschaftliche Testament ihrer Mutter &c. gründen. Ihre rücksichtlich des Nachlasses beider Eheleute fideikommissarische, beziehungsweise bedingte Erbeseinsetzung auf das übrig bleibende Vermögen läßt sich nur als untrennbarer Vortheil, welcher den Klägerinnen durch diese letztwillige Verordnung ihrer Mutter &c. zugewendet war, betrachten. Eben deshalb ist auch die aus dem §. 492 d. T. herzuleitende Verpflichtung des überlebenden Ehegatten, von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abzugehen, nur als die der Erbeseinsetzung des Ehemannes stillschweigend und kraft des Gesetzes beigefügte Beschränkung zu Gunsten der Klägerinnen zu betrachten. In der Wahl des Pflichttheils, als einer Erbfolge im Widerspruche gegen das Testament des zur Hinterlassung eines Pflichttheils Verbundenen, ist schon an und für sich eine Abstandnahme von den Zuwendungen des Testaments enthalten. Wenn daher der Pflichttheil zum vollen Betrage gefordert und erlangt worden ist, so folgt, daß nicht nebenher noch auf eine weitere Zuwendung aus dem Testamente Anspruch gemacht werden kann, daß vielmehr dieser Pflichttheil als der Ersatz und die volle Abfindung für alle im Testamente enthaltenen Zuwendungen anzusehen ist. Die Klägerinnen sind also durch den Pflichttheil bezüglich ihres ganzen, ihnen im Testamente zugewendeten eventuellen Anspruchs auf das nach dem Tode der Testatoren übrig bleibende Vermögen völlig abgefunden; sie haben aber deshalb auch keine weitere Berechtigung, die spätere Disposition des Stiefvaters anzufechten und dem Beklagten sein auf dieser Disposition beruhendes Erbrecht strei-

tig zu machen. Wenn der Stiefvater die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente auch angetreten hatte und daher nach §. 492 allerdings verbunden gewesen wäre, von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abzugehen, so konnte dies doch dann nicht weiter maßgebend sein, nachdem die im Testamente fideikommissarisch, beziehungsweise bedingt instituirten Erben dem eingesetzten Haupterben den ihm zugedachten alleinigen Besitz der Erbschaft streitig machten und, statt sich mit jener in Aussicht gestellten testamentarischen Succession zu beruhigen, den gesetzten Pflichttheil verlangten. Der §. 492 setzt doch, indem er die Annahme aus dem Testamente erfordert, zugleich voraus, daß dem instituirten Ehegatten diese Erbschaft, wie sie im Testamente bestimmt worden, nicht streitig gemacht und vielmehr belassen wird [55])."

c) Die freie Verfügung des Ueberlebenden unter Lebenden wird durch die Antretung der Erbschaft aus dem korrespektiven Testamente nicht gehindert, es sei denn eine Verfügung in fraudem der Substituten in medio, oder die Dispositionsbefugniß durch den Inhalt der letztwilligen Verordnung, auf welchen es freilich in jedem gegebenen Falle zuerst ankommt, ausdrücklich eingeschränkt. Dieser Satz findet sich im Landrechte nicht geradezu ausgesprochen, und im römischen Rechte kann er nicht vorkommen, weil diesem das ganze Institut unbekannt ist, und unter den gemeinrechtlichen Juristen, soweit diese auf die Frage kommen, besteht darüber kein Einverständniß [56]), aber das Testamentsrecht bringt denselben mit sich, weil der Testator durch seine letztwillige Verordnung niemals seine Dispositionsbefugniß unter Lebenden verliert. Die preußische Rechtsliteratur berichtet

55) Erk. des Obertr. vom 15. April 1864 (Entsch. Bd. LII, S. 163). Der Kern der Entscheidung liegt im Schlußpassus und läßt sich vielleicht juristisch kurz so ausdrücken: Die Kinder haben die ihnen im mütterlichen Testamente indirekt zugedachte Erbschaft ausgeschlagen und als direkte Erben ihren gesetzlichen Pflichttheil contra tabulas gefordert; sie sind also Testamentserben gar nicht geworden. Außerdem aber hatten sie kein Erbrecht gegen den Stiefvater, und da sie als Pflichttheilserben der Mutter aus deren Nachlaß abgefunden waren, so mangelte ihnen gänzlich jeder Rechtsgrund zu irgend einem Erbschaftsanspruch auf den Nachlaß des Stiefvaters. Das wechselseitige Testament war für sie nicht vorhanden, weil sie es abgelehnt und mit Erfolg für sich beseitigt hatten.

56) v. Quistorp, rechtliche Bemerkungen, Th. II, Bem. XVI, Note 1, S. 63; u. Bemerk. XIV, S. 44 ff. hält die ganze Einsetzung für ein fideicommissum ejus, quod superfuturum est, und will dasselbe nach der Novelle 108, Kap. 1 u. 2 beurtheilt wissen; Hasse a. a. O. (Rhein. Archiv, Bd. III, S. 268) §. 24 weiset nach, daß diese Novelle auf das korrespektive Testament nicht passe, was richtig ist.

einen Rechtsfall, in welchem über diese Frage im Jahre $18\frac{09}{10}$ vor preußischen Gerichten verhandelt und in allen drei Instanzen gleichförmig, aber nach Gemeinem Rechte entschieden worden ist, weil das Testament noch vor Einführung des Allg. Landrechts errichtet worden war [57]). Die wechselseitige Einsetzung der Eheleute lautete dahin,

> daß der Ueberlebende den Nachlaß des Vorversterbenden nach seinem Gefallen nutzen und gebrauchen, auch, wenn er es seiner Bequemlichkeit gemäß finde, von den Grundstücken, welches ihm beliebe, verkaufen könne, nach seinem Ableben aber *das übrig bleibende sämmtliche Vermögen* den benannten fünf Geschwistern des Ehemannes, und den sechs Geschwistern der Ehefrau, zur Theilung unter sich in capita zufallen solle.

Der Mann starb zuerst und die Wittwe trat die Erbschaft an. Sie verschenkte 975 Thlr. in Bankobligationen und nach ihrem Tode wurde diese Schenkung von den nach des Letztlebenden Tode berufenen Substituten, beziehungsweise Erben, angefochten und in allen Instanzen für ungültig erklärt. Die Entscheidung ist irrig, wenigstens nach den angegebenen Gründen. Die Richter nehmen an: beide Eheleute hätten das gemeinschaftliche Vermögen nur als eine Masse betrachtet, und so wie die Erbeinsetzung, so sei auch die Substitution wechselseitig in *des Einen und des Anderen* Nachlaß mit gleichem Rechte der Substituten geschehen, und bestimmt, daß diese das übrig bleibende sämmtliche *gemeinschaftliche Vermögen beider Eheleute* erben sollten, woran sie wider den Sinn des Testaments verkürzt werden würden, wenn die Schenkung bestehen sollte. — Diese Rechtsidee ist dunkel und verworren; sie setzt etwas als wirklich voraus, was juristisch nicht möglich ist. Niemand kann über eines Anderen Vermögen testiren, das thut selbst der Vater in der Errichtung einer Pupillarsubstitution nicht, indem nach der Rechtsidee der Vater auch hier über sein eigenes Vermögen verfügt, da Kind und dessen Habe ihm gehören. Bei Errichtung eines wechselseitigen Testaments verfügt also Jeder über sein eigenes Vermögen, mögen Ausdrücke verschlungen sein wie sie wollen. Daraus ergiebt sich klar, daß die wechselseitige Verfügung in Beziehung auf das eigene Vermögen des Letztlebenden eine simple Erbeseinsetzung ist, da er nicht sein eigener Fiduziarerbe sein kann, und daß nur das ihm zugefallene Vermögen des Vorverstorbenen Fideikommiß ist. Abgesehen von der rechtlichen Unmöglichkeit eines Universal-Fidei-

7) *Matthis*, juristische Monatsschrift, Bd. X, S. 417 ff.

kommisses über das beiderseitige Vermögen ist die Entscheidungsnorm aus einer Verordnung des römischen Rechts, nämlich aus Justinians Novelle 108 hergenommen, die auf wechselseitige oder korrespektive Testamente gar nicht paßt und nicht passen kann, weil Justinian das in Rede stehende Institut gar nicht kannte. Er setzt eine gewöhnliche fideikommissarische Substitution voraus, also ein Testament, worin der Erblasser den eingesetzten Erben verpflichtet, die Erbschaft einem Dritten, der eine dem Fiduziarerben ganz fremde Person ist oder doch sein kann, zu restituiren. Bei der Erbeseinsetzung des Ueberlebenden in einem korrespektiven Testamente verhält es sich in Beziehung auf sein eigenes Vermögen ganz anders. Hier sind diejenigen, welche von dem Vorverstorbenen als seine Fideikommissarien bezeichnet sind, zugleich die eigenen direkten Erben des Letztlebenden. Wie will man also juristisch die Behauptung begründen können, daß diese Erben des Letztlebenden, die kein anderes Recht haben, als was ihnen das Testament ihres Erblassers giebt, wenn sie seine Erbschaft antreten, die Verfügungen ihres Erblassers unter Lebenden anzufechten berechtigt seien? Dazu haben sie außerhalb des Testaments keinen Stützpunkt, sie müssen ja vielmehr die Verfügungen ihres Erblassers, die Rechtsgeschäfte desselben unter Lebenden erfüllen, soweit es noch nicht geschehen. Außerdem ist in dem vorliegenden besonderen Fall auch die angewendete Novelle 108 irrig mißverstanden, wenn daraus behauptet worden, diese Verordnung gestatte dem Fiduziar keineswegs, „über den vierten Theil, noch weniger über drei Theile des Nachlasses durch Schenkungen zu disponiren [58].“ Dies ist an sich unverständlich, denn die Novelle verordnet, daß der Fiduziar Ein Viertel der Erbschaft dem Fideikommissar übrig lassen müsse, Nothfälle ausgenommen, wo er auch in dieses letzte Viertel eingreifen darf, daß er dagegen über drei Viertel „quemadmodum perfectis dominis competit“ verfügen könne. Das heißt doch nicht, daß ihm verboten sei, Schenkungen daraus zu machen! Da dem so ist, so hätte, um danach eine richtige Entscheidung zu treffen, das Verhältniß der Schenkung zum ganzen Vermögen in Betracht gezogen werden müssen [59]. Daran konnte man

58) Ebenda S. 423.

59) Nur wenn das letzte Viertel durch die Schenkung angegriffen worden war, konnte die Schenkung mit Erfolg angegriffen werden, wenn überhaupt die Novelle anwendbar war. „Si vero contigerit quartam, et non habeat (fiduciarius) ad supplementum aliam substantiam: tunc damus ei (fideicommissario) et contra emptores, aut aliter accipientes res in rem et hypothecas ex autoritate hujus legis, ut liceat complere sibi fideicommissum ex rerum vindicatione, hoc quod in legatis jam dedimus, et ex constitutione (L. 1 C. de leg. VI, 43)

freilich bei der Auffassung der Verordnung nicht denken. Und, um es zu wiederholen, der überlebende Ehegatte ist hinsichtlich seines eigenen Vermögens aus seinem eigenen Testamente ja überhaupt nicht Fiduziar, sondern Erblasser. — Diese Beurtheilung des vorgetragenen Rechtsfalles hat den Zweck, aufzuweisen, daß aus den Entscheidungen desselben kein Präcedenzfall und kein Präjudiz für das preußische Recht entnommen werden kann, mag ihr Werth aus dem Standpunkte des gemeinen Rechts dahin gestellt bleiben. Für das preußische Recht bringt er keine Belehrung.

Das Landrecht nun kennt keine Einschränkung des Verfügungsrechts des Letztlebenden inter vivos, es sagt nur, daß derselbe, wenn er die Erbschaft aus dem korrespektiven Testamente annimmt, „auch von seinen eigenen Verfügungen nicht wieder abgehen kann", woraus auch folgt, daß er nicht befugt ist, über die Erbtheile solcher einzelnen von mehreren gemeinschaftlich ernannten Miterben, welche vor dem erstverstorbenen Ehegatten mit Tode abgegangen sind, und also den Erbanfall nicht erlebt haben, anderweitig letztwillig zu verfügen, so daß deren Erbtheile den übrigen fideikommissarischen, beziehungsweise direkten Miterben zuwachsen, wenn der Zuwachs nicht ausdrücklich verboten ist[60]). Kurz, er muß sein Testament unverändert stehen lassen, in der freien Verfügung über sein Vermögen unter Lebenden ist er nicht beschränkt. Hiergegen hat man sich vom Parteistandpunkte aus auf die Bestimmung des §. 168 des Anh. z. A. L. R. (zu II, 18, §. 689) berufen, wo gesagt wird: „Die dem überlebenden Ehegatten eingeräumte freie Disposition des Vermögens begreift das Recht, die Substanz zu vermindern oder zu verzehren, nicht in sich. Es muß daher die §. 688 verordnete Konkurrenz des vormundschaftlichen Gerichts auch in einem solchen Falle eintreten. Der Mutter ist ein Ehrenvormund an die Seite zu setzen, dem Vater nur dann, wenn es der Richter aus besonderen Gründen für nöthig hält." Diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf die vormundschaftliche Verwaltung des Vermögens minorenner Kinder. Die Cleve-Märkische Regierung war über ihr Verhalten in solchem Falle zweifelhaft und trug vor: Es ereigne sich oft, daß ein Ehegatte in einer letztwilligen Disposition, oder auch in den Ehepakten dem Ueberlebenden nicht allein den Nießbrauch seines Vermögens

---

in rem ei donantes, et fideicommissi persecutionem (L. 178, §. 2 D. de verbor. significatione [L, 16]). Nov. 108, cap. 2. Es konnte also auch nur die Ergänzung der Quarta aus der Schenkung gefordert werden

60) Erk. des Obertr. vom 22. April 1864 (Entsch. Bd. LI, S. 236).

verstatte, sondern auch die Befugniß ertheile, mit dem Vermögen schalten und walten zu können wie es ihm beliebe. Hier entstehe die Frage: was diese Klausel für rechtliche Wirkungen habe. Ihres Ermessens wäre die Folge bloß die, daß der überlebende Ehegatte von den Einschränkungen der vormundschaftlichen Administration befreit werde, wovon ein Erblasser den von ihm ernannten Vormund entbinden kann; übrigens aber würde auf den Grund einer solchen Disposition dem überlebenden Ehegatten die Macht nicht gebühren, die Vermögenssubstanz anzugreifen und zu verzehren. Darauf wurde geantwortet, was der §. 168 des Anh. enthält [61]). Diese Bestimmung hat also mit der Verfügungsbefugniß eines zum Erben eingesetzten Ehegatten über das ererbte und über sein eigenes Vermögen gar nichts zu thun. Die Gerichtspraxis erkennt auch in letzter Instanz die Uneingeschränktheit des Ueberlebenden an. Eheleute hatten sich mit folgenden Worten wechselseitig zu Erben eingesetzt und dem Längstlebenden Erben berufen:

> „Wir ꝛc., welche wir in kinderloser Ehe leben, setzen uns wechselseitig zu Erben unseres dereinstigen Nachlasses ein, so daß der oder die Ueberlebende von uns mit dem Nachlasse des zuerst Versterbenden frei walten und schalten kann, wie es dem oder der Ueberlebenden beliebt." Dann folgen Bestimmungen über beiderseitige Nacherben.

Der Ehemann starb zuerst, die Wittwe trat die Erbschaft an und schritt dann zur zweiten Ehe. Nun traten die Nacherben mit dem Anspruche auf, die überlebende, anderweit verheirathete Ehefrau in ihren Verfügungen unter Lebenden über das gemeinschaftliche Vermögen einzuschränken. Damit wurden sie abgewiesen und das Obertribunal sagt: „Diese Bestimmung schließt eben wegen der Erbeseinsetzung die völlige Dispositionsbefugniß des überlebenden Ehegatten in sich; dieselbe ist durch jenen Zusatz „so daß" u. s. w. noch mehr bekräftigt [62])." Also nicht in diesem Zusatz, sondern in der Erbeseinsetzung und in der Erwerbung der Erbschaft liegt die völlige Dispositionsbefugniß des überlebenden Ehegatten und Erbin des Erstverstorbenen.

d) Wenn in dem korrespektiven Testamente der überlebende Ehegatte zum Erben des Erstversterbenden eingesetzt wird, und beide

---

61) R. vom 18. Januar 1796 (Rabe, Samml., III, S. 237; Stengel, Beiträge, II, S. 326).

62) Erk. des Obertr. vom 16. Mai 1859 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 52).

Eheleute übereinstimmend für den Eintritt des Todes des Ueberlebenden ihre beiderseitigen Verwandten zur Nachfolge berufen, der Ueberlebende auch die Erbschaft aus diesem Testamente antritt, so erwerben die nach dem Tode des Letztsterbenden Berufenen dadurch, daß sie den Tod des Erststerbenden erleben, schon das Erbrecht auf den künftigen Nachlaß des Letztsterbenden, welches sie als ein zu ihrem Vermögen bereits gehöriges Recht auf ihre Erben transmittiren, wenn sie vor dem überlebenden Ehegatten sterben [63]). Die Transmission soll jedoch — so ist angenommen — nicht stattfinden, wenn die beiderseitigen Verwandten die gemeinschaftlichen Kinder der Testatoren sind und dieselben ohne Hinterlassung von Descendenten vor dem Ueberlebenden sterben. Dann soll die eigene Verordnung des Ueberlebenden destituirt sein, wenn die Kinder auch sonstige Erben hinterlassen haben, und dem Ueberlebenden soll die Befugniß zustehen, über seinen eigenen Nachlaß anderweit letztwillig zu verfügen; die sonstigen Erben der verstorbenen Kinder sollen eine solche letztwillige Disposition nur dann anfechten können, wenn der Inhalt des wechselseitigen Testaments deutlich ergiebt, daß der Erstverstorbene auch solchen entfernteren Verwandten resp. Erben der Kinder den Nachlaß habe zugewendet wissen wollen [64]). Diese Ausnahme beruhet also auf Willensauslegung. — Durch den Grundsatz, daß diejenigen nach dem Tode des letztlebenden Ehegatten Berufenen, welche den Tod des Erststerbenden erleben, ihr Erbrecht auf ihre Erben transmittiren, wenn sie vor dem Letztlebenden sterben, ist nicht entschieden, daß sie Alle als fideikommissarische Substituten dem Letztlebenden nachfolgen; dieses hängt davon ab, ob sie von dem Erststerbenden in sein Vermögen berufen oder doch ebenfalls von ihm dazu berufen sind. Sind sie nur von dem Letztlebenden und in dessen Vermögen berufen, so succediren sie diesem als dessen direkte Erben und dann können sie auch ihr Erbrecht nicht transmittiren, wenn sie vor ihrem Erblasser sterben. So sagt auch das Obertribunal: „Wenn Eheleute sich in einem wechselseitigen Testamente zu Erben ihres ganzen Nachlasses eingesetzt und zugleich angeordnet haben, daß bestimmte Personen nach dem Tode des letztlebenden Ehegatten dessen Nachlaß erben sollen, so ist der überlebende Ehegatte, welcher die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hat, an die Anordnungen des Te-

63) Erk. des Obertr. vom 1. Oktober 1838 (Schles. Archiv, Bd. III, S. 573). — Zu vergl. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts (5. A.) §. 462 (§. 410), Nr. IX.

64) Pr. des Obertr. 2463, vom 1. Juli 1853 (Entsch. Bd. XXVI, S. 58).

staments über die Vererbung seines Nachlasses in Ansehung des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten als Fiduziarerbe, in Ansehung seines eigenen Vermögens aber nur in sofern gebunden, als die Voraussetzungen des §. 492, Tit. 1, Th. II des Allg. Landrechts vorhanden sind [65]).“ Daß er an seine eigenen Anordnungen über sein eigenes Vermögen gleichfalls als Fiduziarerbe gebunden sein, mit andern Worten, daß er sich von dem anderen Ehegatten zum Erben auch seines eigenen Vermögens einsetzen und sich einen fideikommissarischen Substituten bestellen lassen solle, ist nirgend gesagt und erscheint widersinnig. Das Obertribunal hat auch wiederholt ausgeführt, daß die in einem solchen Testamente angeordnete fideikommissarische Substitution sich nur auf den Todesfall des zuerst versterbenden Ehegatten beziehen und in Betreff des eigenen von dem überlebenden Ehegatten zu hinterlassenden Vermögens nur eine gewöhnliche Erbeseinsetzung enthalte, da, so lange der überlebende Ehegatte am Leben ist, er sein eigenes Vermögen nicht als Erbe, mithin auch nicht als Fiduziarerbe besitzen kann [66]).

Wenn in einem wechselseitigen Testamente jeder der Testatoren seine nächsten Verwandten ohne nähere Bestimmung einsetzt, und es entsteht die Frage: welche die nächsten Verwandten eines Jeden sind, d. h. auf welchen Zeitpunkt bei der Beurtheilung dieser Frage zu sehen; so ist zu unterscheiden. Das Testament des Erstversterbenden kann ganz nach der Intention des Testators zur Ausführung kommen. Tritt der Ueberlebende als Haupterbe die Erbschaft nicht an, so sind die von dem Testator eventuell Berufenen als Vulgar-Substituten seine direkten Erben geworden und der überlebende Ehegatte hat freie Hand, es bei seinem Testamente zu belassen oder dasselbe abzuändern. Wird er aber Erbe des Verstorbenen aus diesem Testamente, so sind die von dem Erblasser auf den künftigen Todesfall des Ueberlebenden Berufenen Fideikommissarien in sein, des Erblassers, eigenes Vermögen und haben dieses eventuelle Erbrecht mit dem Tode ebenso gewiß erworben, wie sie direkte Erben des Erblassers geworden sein würden, wenn der vor ihnen berufene Ehegatte die Erbschaft ausgeschlagen hätte; sie transmittiren also dieses Recht auf ihre Erben, wenn sie den Tod des Fiduziar nicht erleben. — Was das eigene Testament des Ueberlebenden nach dem Erb-

65) Erk. vom 9. Juli 1851 (Entsch. Bd. XXIII, S. 193).

66) Ebenda S. 196; Pl.-Beschl. vom 3. Oktober 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 28 u. 34—36); Erk. vom 12. September 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 333); Erk. vom 23. Mai 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 203).

schaftsantritt aus dem Testament des Vorverstorbenen betrifft, so ist dasselbe nun ein einseitiges Testament, in welchem der unmittelbar berufene Erbe, der Prinzipalerbe, ausgefallen, aber durch die Substituten, oder vielleicht auch durch Miterben, ersetzt worden ist. Diese sind nun zu direkten Erben des Ueberlebenden in dessen ursprünglich eigenes Vermögen berufen. Wer von diesen zur Erbschaft gelangen kann, hängt davon ab, wer den Tod des überlebenden Ehegatten als ihres unmittelbaren Erblassers erlebt; vorher ist ihnen nichts angefallen, sie können also nichts transmittiren; nur kann der Erblasser an seinen Verordnungen nichts ändern. Aber diesen seinen direkten Erben als solchen gegenüber ist er dazu auch nicht gehalten; dieses zu fordern haben sie nur dann ein Recht, wenn sie solches aus dem Testamente des vorverstorbenen Ehegatten für sich herleiten können: hat dieser sie nicht bedacht, so können sie ihrem Testator ebenso wenig wie wenn sie in einem einseitigen Testamente eingesetzt wären, die Zurücknahme, den Widerruf oder die Abänderung seines Testamentes wehren.

e) Aus der Unwiderruflichkeit der eigenen Verordnungen des Ueberlebenden folgt nicht, daß dieselben überhaupt nicht mehr durch das Eintreten von anderweiten Umständen rückgängig werden könnten, welche nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften Testamente zu entkräften geeignet sind. So hat man angenommen[67]; ausdrücklich gesagt ist es im Landrechte nicht und ausgemacht ist es nach Gemeinem Rechte auch nicht. Von einer Seite wird gesagt: die fideikommissarische Erbschaft werde nur denen deferirt, welche zur Zeit des Todes des Letztlebenden noch am Leben, und die nächsten Verwandten des Testators sind. Diese nächsten Verwandten könnten denn auch postumi sein, wenn etwa der Ueberlebende zur anderen Ehe geschritten wäre, und in derselben noch Kinder erzeugt hätte. Da nun auch diese als nächste Verwandte in dem wechselseitigen Testamente bedacht seien, mithin nicht für präterirt gehalten werden könnten; so lasse sich nicht wohl einsehen, wie durch diese Geburt von Kindern aus einer zweiten Ehe das Testament des überlebenden Ehegatten, so weit es sein ursprüngliches Vermögen betrifft, rumpirt werde[68]. Indeß ist es ja nicht nothwendig, daß der Letztlebende seine nächsten Verwandten berufen habe, seine Verfügung kann ja auch anders lauten. Daher wird von anderer

---

67) Erk. des Obertr. vom 23. Mai 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 200).

68) Mühlenbruch, in Glück's Fortsetzung, Bd. XXXV, S. 75.

Seite behauptet, daß durch die Geburt von Kindern des Letztlebenden aus seiner jetzigen zweiten oder einer späteren Ehe, das Testament, so weit es sein ursprüngliches Vermögen beträfe, rumpirt würde, ja daß auch durch Adoption dergleichen bewirkt werden könne[69]). Für das preußische Recht beruft man sich auf die Analogie von Erbverträgen, in Beziehung auf welche bestimmt ist: „So weit Testamente wegen nicht eintreffender Bedingungen, wegen des von dem Erben verursachten Todes des Erblassers, oder wegen Dazwischenkunft ehelicher Kinder, so wie überhaupt durch Zufall entkräftet oder vereitelt werden; so weit werden unter eben den Umständen auch Erbverträge rückgängig[70]).“ Man folgert, dieses müsse um so mehr von wechselseitigen Testamenten gelten, als selbst Erbverträge, die sich ihrer Wirkung nach von wechselseitigen Testamenten gerade dadurch unterscheiden, daß bei ihnen von vornherein der einseitige Widerruf ausgeschlossen ist, durch derartige Umstände aufgehoben werden können ([67]). Dies ist denn auch um so eher anzuerkennen, als wechselseitige Testamente, außer der ihnen entzogenen Widerruflichkeit, in allen übrigen Stücken ihre Eigenschaft als Testamente behalten und es daher der Analogie von Erbverträgen nicht bedarf, zumal die dieselben betreffende Bestimmung ([70]) ja nur die Grundsätze von Testamenten auf Erbverträge überträgt. Folgende Fälle sind hervorzuheben:

aa) Das Testament des Ueberlebenden ist aus irgend einem Grunde von Anfang nichtig. Dann müssen seine Intestaterben, welche statt der Testamentserben eintreten, den Nachlaß des Vorverstorbenen nebst allen An- und Zuwüchsen an die Substituten, welche der Vorverstorbene bestellt hatte, herausgegeben: denn die Sache ist durch die Hinfälligkeit des Gegentestaments des Ueberlebenden in die Lage gekommen, als wenn er pro possessore die Erbschaft in Besitz genommen hätte, da sein Erbtitel ein bedingter war und die Bedingung nicht erfüllt worden ist. Nun müßte, könnte man denken, der Zustand hergestellt werden, welcher eingetreten sein würde, wenn der Ueberlebende nicht angetreten hätte. Das würde jedoch nicht gerecht sein, denn dadurch würde der Ueberlebende, der ja nie daran dachte, die Erbschaft aus dem Testamente auszuschlagen und damit auch sein Intestatrecht einzubüßen, ganz schuldlos um sein ganzes Erbrecht kommen. Deshalb muß die Sache so genommen werden,

---

69) Hasse, im rheinischen Museum, Bd. III, S. 257 u. 271. — v. Dalwigk, Erbrecht (Wiesbaden 18⅔⅓), Th. I, S. 131.

70) I, 12, §. 647.

als wäre der hinterbliebene Ehegatte von dem Verstorbenen in dessen Testament übergangen worden; der Letztlebende muß daher mit seiner statutarischen Portion ab intestato an die Seite der von dem Vorverstorbenen berufenen Erben zweiten Grades als Miterbe treten. Hat er kein statutarisches Erbrecht, so gebührt ihm der gemeinschaftliche Pflichttheil, wie ihn das Landrecht vorschreibt.

bb) Der überlebende Ehegatte verheirathet sich wieder und stirbt demnächst mit Hinterlassung seines zweiten Ehegatten. Dann hat dieser, nach Analogie von der Agnation eines Notherben, aus dem eigenen Nachlaß des Verstorbenen denjenigen gesetzlichen Erbtheil zu fordern, welchen ihm der Verstorbene nicht entziehen konnte. Darüber ist gestritten und widersprechend erkannt worden. Ein Ehepaar hatte sich in ihrem wechselseitigen Testamente gegenseitig zu Erben eingesetzt, dergestalt, daß derjenige von ihnen, welcher den Anderen überlebte, den ganzen Nachlaß des zuerst Verstorbenen erben und erhalten sollte. Zugleich hatten sie demjenigen von ihnen, der den Anderen überleben würde, für seinen Todesfall in dasjenige, was alsdann von ihrem beiderseitigen Vermögen vorhanden sein würde, ihre Tochter und drei Enkel fideikommissarisch substituirt und angeordnet, daß diese Substitution den Ueberlebenden in keiner Weise beschränken sollte, über den Nachlaß des zuerst Verstorbenen unter Lebenden zu disponiren. Die Ehefrau starb zuerst und der Wittwer nahm die Erbschaft an; demnächst heirathete er die zweite Frau. Diese begehrte, den Kindern der ersten Ehe gegenüber, nach dem Tode ihres Mannes aus dessen Nachlaß die statutarische Erbportion. Der erste Richter wies sie ab. Er leitete aus den §§. 492, 493 a. a. O. her, daß der Verstorbene das von der ersten Frau ererbte Vermögen nur mit der Bedingung belastet besessen habe, dasselbe, so weit es bei seinem Tode noch vorhanden, den Kindern erster Ehe herauszugeben, und daß sein Vermögen auch nur mit dieser Bedingung belastet vererbt werden konnte. Die Folgerung in letzter Beziehung wurde von den höheren Richtern, mit Recht, für unrichtig erklärt; die in dem wechselseitigen Testamente angeordnete fideikommissarische Substitution der Kinder könne sich nur auf den Todesfall des zuerst versterbenden Ehegatten, hier also der Ehefrau, beziehen, und enthalte in Betreff des eigenen von dem überlebenden Ehegatten zu hinterlassenden Vermögens nur eine gewöhnliche Erbeseinsetzung, da, so lange der überlebende Ehegatte lebte, er sein eigenes Vermögen nicht als Erbe besitzen konnte (66). In Bezug auf dieses Vermögen seien daher die Kinder nur als einfach ernannte Erben zu betrachten;

und wenn auch der Erblasser nicht befugt war, von dieser Einsetzung der Kinder wieder abzugehen, so sei dadurch doch nicht ausgeschlossen, daß seine zweite Ehefrau durch Eingehung der Ehe mit ihm auf seinen Nachlaß ein gesetzliches Erbrecht erwerben konnte. — Der Appellationsrichter sprach demnach der Wittwe die geforderte Hälfte des Nachlasses zu, und das Obertribunal bestätigte dies auf die dagegen eingelegte Revision, verordnete jedoch zuvor die Aussonderung dessen, was sich darin aus dem Nachlasse der ersten Ehefrau befinden möchte, weil der Erblasser dieses nur als Fiduziar besessen habe und darauf die Kinder vermöge der fideikommissarischen Substitution ein ausschließliches Recht hätten[71].

cc) Dem Ueberlebenden werden nach der Annahme der Erbschaft aus dem wechselseitigen (korrespektiven) Testamente noch erbberechtigte Kinder geboren. Dann kommt der Testator in eine eigenthümliche Lage. Vorgeschrieben ist: Konnte er das Testament nicht mehr abändern, welches angenommen wird, wenn er vor Ablauf eines Jahres nach der Geburt des Kindes stirbt, so tritt der Posthumus in die Reihe der berufenen Erben mit einer Portion, welche der des am mindesten im Testamente Begünstigten gleichkommt, niemals aber mit wenigerem als sein Pflichttheil beträgt; stirbt er nach Ablauf des Jahres, so verliert das Testament seine Kraft (es ist rumpirt) und die Intestaterbfolge tritt ein[72]. Nun ist aber der Testator hier gar nicht in der Lage, seine Verordnungen ändern zu können, „er kann von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen[73].“ Was also thun, wenn er daran denkt? Das Gerathenste ist, er läßt der Sache ihren natürlichen Verlauf, er thut nichts, weil er dann am Besten den streitsüchtigen Fideikommissarien den Boden zu Prozessen mit Erfolg entzieht, ohne doch seinem Nachgeborenen allzu großen Nachtheil zuzufügen. Denn sind die Fideikommissarien auch seine Kinder, so tritt ihnen ja der Nachgeborene mit gleichem Rechte in allen Fällen ipso jure hinzu; sind sie ihm Fremde, so kann der Nachgeborene nur gewinnen. Stirbt er innerhalb des Jahres, so muß der Nachgeborene wenigstens den Pflichttheil erhalten; stirbt er später, so tritt Intestatsuccession ein. Betrachten wir also den letzten Fall. In demselben hat man bestritten, daß das Testament durch die Geburt des Posthumus rumpirt werde. Was hier gesagt

---

71) Erk. des Obertr. vom 12. September 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 331 ff.).

72) A. L.R. II, 2, §§. 454, 455 verb. mit §§. 444—451.

73) Ebenda II, 1, §. 492.

wird, bezieht sich lediglich auf die Verfügungen des Letztlebenden über seinen eigenen Nachlaß, gerade so wie das, was in dem vorhergehenden Falle bb vorgetragen ist. Also man hat in solchem Falle dem Posthumus jedes Anrecht auf den Nachlaß seines Parens auf Grund des §. 492 (73) streitig gemacht. Dies ist so konstruirt worden: Der §. 454 bestimmt:

„Werden dem Erblasser, nach errichtetem Testamente, Kinder oder Enkel, die zur unmittelbaren Erbfolge berechtigt sind, geboren; und er verstirbt nach Verlauf Eines Jahres, ohne in Ansehung ihrer etwas verfügt zu haben: so finden die Vorschriften §. 450, 451 Anwendung." — Diese lauten:

§. 450. „Ist jedoch der aus Irrthum Uebergangene nach errichtetem Testamente zurückgekehrt; oder sonst dem Erblasser das Dasein oder Leben desselben erweislich bekannt geworden; und hat der Erblasser nach diesem Zeitpunkte Ein Jahr verstreichen lassen, ohne in Ansehung seiner etwas zu verfügen: so verliert das Testament seine Kraft." §. 451. „Es wird also in einem solchen Falle den Kindern die gesetzliche Erbfolge eröffnet."

Nun sagt der Widersacher: Der §. 450 passe nicht, weil ein zur Zeit der Errichtung des Testaments bereits lebender Erbe nicht übergangen sei, und der §. 454 zeige schon durch die Allegation der §§. 450, 451, daß an Kinder einer zweiten Ehe nicht gedacht sei. Darauf sagt das Obertribunal mit einer klassischen Herablassung, was jeder einigermaßen geschulte Menschenverstand ohne Fingerzeigung sieht: „Das Allegat der §§. 450, 451 bezieht sich nicht auf deren Voraussetzungen, sondern, wie im §. 454 ausdrücklich bemerkt ist, auf die Vorschriften derselben[74])." Weiter wird nun vorgebracht: wenn dem auch so wäre, so ständen doch dem selbstständigen Rechte dieser Kinder die durch den Tod des einen Ehegatten und den Erbesantritt des anderen bereits erworbenen Rechte Dritter (der im Testamente bedachten Personen, namentlich der Verwandten des Erstverstorbenen) entgegen; dieser Konflikt werde dadurch gelöst, daß der §. 454 für den vorausgesetzten Fall durch die §§. 481 und 482, Tit. 2 a. a. O. ausgeschlossen würde. Diese bestimmen:

„Auch durch Verträge kann die Erbfolge der Kinder bestimmt werden. — Dergleicheu Verträge, welche die Eltern unter sich oder mit einem Dritten geschlossen haben, müssen die Kinder sich gefallen lassen; insofern sie dadurch in dem aus dem künftigen

74) Erk. vom 23. Mai 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 201).

Nachlasse der Eltern ihnen gebührenden Pflichttheile nicht verkürzt werden."

Diese Bestimmung enthält kein Wort davon, daß der §. 454 für den vorausgesetzten Fall ausgeschlossen sein solle, sie sagt in Beziehung auf Erbverträge ganz das nämliche, was die Gesetze auch über Testamente sagen: die Kinder müssen sich die Testamente der Eltern gefallen lassen, insofern sie dadurch in ihrem Pflichttheile nicht verkürzt werden. Das ist nicht in Frage, sondern hier handelt es sich darum, was dann geschehen solle, wenn die Verkürzung doch wirklich vorhanden ist. Darüber geben die hier vorgeführten §§. 481, 482 gar keinen Aufschluß, darüber entscheidet der Grundsatz: wenn ein Testator oder ein Erbpaciscent in seiner Verordnung über seinen eigenen künftigen Nachlaß seine pflichttheilsberechtigten Erben aus Irrthum übergeht und binnen einem Jahre nach erkanntem Irrthume in Ansehung dieser Notherben nichts verfügt; so verliert das Testament seine Kraft und der Erbvertrag wird in Beziehung auf seinen Nachlaß rückgängig[75]), d. h. in beiden Fällen tritt die Intestaterbfolge in den eigenen Nachlaß, nach Ausscheidung dessen, was der Erblasser als Fiduziar besaß, ein. Nachgeborene Kinder, welche in der Verordnung für den eventuellen Fall nicht bedacht sind, können auch aus Irrthum übergangen werden und sind es in den allermeisten Fällen. Bei ihnen liegt der Irrthum in der Zukunft, indem man an solche gar nicht denkt, oder, wenn doch, annimmt, sie werden nicht vorkommen, und diese Annahme erweiset sich dann in der Zukunft als ein Irrthum, der bei verschollenen und irrig für todt gehaltenen Kindern in der Vergangenheit liegt. Das Obertribunal widerlegt demnach den zweiten Angriff sehr richtig so: „Wenngleich der überlebende Ehegatte sich durch die Annahme der Erbschaft des Erstverstorbenen nach den §§. 492, 493 außer Stande gesetzt hat, die Erbeseinsetzung der Verwandten des Vorverstorbenen einseitig zu deren Nachtheil zu widerrufen[76]), so konnte er doch auch andererseits durch diesen Umstand allein dem Kinde aus der später von ihm eingegangenen Ehe dessen gesetzliches Erbrecht auf seinen Nachlaß nicht entziehen, und es muß eben deshalb auch die gesetzliche Folge eintreten, daß dies Kind den von seinem Parens zu Erben berufenen Personen gegenüber die Eröffnung der Intestaterbfolge verlangen und in so weit die Entkräftung des Testaments be-

---

75) Pl.-Beschl. (Pr. 2145) des Obertr. vom 3. Oktober 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 37, 38).

76) M. vergl. das im folgenden Passus dd Gesagte.

wirken kann. In Bezug auf den Nachlaß des Ueberlebenden sind daher allerdings alle gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden, unter denen die Dazwischenkunft nachgeborener Kinder diese Wirkung nach §. 454 ([72]) äußern kann. Gerade weil die Voraussetzungen des §. 454 vorliegen, so kann von einer Anwendung der §§. 481, 482 nicht die Rede sein (es fehlt umgekehrt gerade die Voraussetzung des §. 482 — Nichtverkürzung des Pflichttheils), und es erledigt sich daher auch die aufgestellte Behauptung, daß das nachgeborene Kind sich mit dem Pflichttheil begnügen müsse[77]).“

dd) Der Ueberlebende hat nach der Antretung der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente einen Anderen förmlich an Kindesstatt angenommen, ohne wegen der Erbfolge desselben etwas verfügt zu haben. Dann verliert das Testament in Beziehung auf die Berufungen zu dem ursprünglich eigenthümlichen Nachlasse des Ueberlebenden eben dadurch seine Kraft und es wird, wie in dem vorhergehenden Falle cc, die Intestaterbfolge eröffnet[78]). Es wiederholt sich also die Voraussetzung des vorhergehenden Falles cc, der Testator habe seine letztwillige Verordnung abändern können, aber solches zu thun unterlassen. Diese Voraussetzung trifft jedoch in beiden Fällen nicht zu, durch die Anwendung der Bestimmungen in den §§. 454 und 456 (litt. cc und dd) auf korrespektive Testamente und Erbverträge[79]) werden die betroffenen Personen in unabwendbare Verlegenheit gesetzt, diese Bestimmungen sind so, wie man sie anwendet, den Testatoren eine Scylla und Charybdis: ändern sie ihre Anordnung nach dem Eintritte einer Agnation ab, so gilt die Abänderung nicht (Text zu Note [76]); ändern sie solche nicht ab, so verliert das Testament seine Kraft. Aber warum will man hier absolut die juristische Logik ausschließen? man braucht nur auf das Prinzip der §§. 454 und 450 zurückzugehen und nicht die Bedeutung der darin bestimmten Jahresfrist zu übersehen. Das Prinzip, wie es schon oben (§. 53) aufgewiesen worden, ist: wenn ein Testator einen Notherben aus Irrthum übergangen hat und ist vor seinem Ende nicht mehr in der Lage, nach erkanntem Irrthume seine Verfügung zu ergänzen, so wird sie als ergänzt von Rechts wegen angenommen, so, als wenn er den Uebergangenen mit eingesetzt hätte, weil er, wenn er nicht im Irrthum befangen gewesen wäre, desselben mit gleicher Liebe gedacht haben würde; konnte aber die

77) Archiv f. Rechtsfälle, Bd. LIV, S. 204.

78) A. L.R. II, 2, §. 456.

79) Ebenda II, 1, §. 444. Zu vergl. I, 12, 647.

Verordnung entsprechend geändert werden und es wurde unterlassen, so wird Lieblosigkeit angenommen und die Erbeseinsetzung umgestoßen. Die facti quaestio über die Thunlichkeit der Abänderung ist in jenen Paragraphen zu einer Fiktion in Verbindung mit einer Frist gemacht worden: dies ist die Bedeutung der Zeitbestimmung von einem Jahre; vor dessen Ablauf wird dieses, nach dem Ablaufe wird jenes angenommen, wenn nämlich eine quaestio besteht. Nun ist es aber schon eine feststehende Thatsache, daß in den in Rede stehenden Fällen der Testator überhaupt, wegen eines objektiven Hindernisses, gar nicht im Stande ist, „von seinen Verordnungen wieder abzugehen“; die Unterscheidung: ob der Testator vor oder nach Ablauf eines Jahres verstorben [80]), hat daher keinen Sinn. Die juristische Konsequenz gebietet daher, daß ohne Rücksicht darauf, zu welcher Zeit der Testator nach erkanntem Irrthume verstorben, die Sache so genommen werden muß, wie es vorgeschrieben ist für den Fall, wo er starb, ohne daß ihm noch eine ergänzende Verfügung in Ansehung des nachgeborenen oder des todt geglaubten und wieder erschienenen Kindes möglich war, d. h. der Uebergangene gilt für mit berufen (scriptis heredibus accrescit) und erhält so viel, wie dem am mindesten begünstigten Erben im Testamente ausgesetzt worden, wenigstens aber den Pflichttheil, sonst aber bleibt das Testament in allen anderen Stücken bei Kräften [81]).

## IX. Von der Ungültigkeit der Testamente.

### §. 64.

### A. Einleitung.

Unter ungültigen Testamenten im Allgemeinen werden hier letztwillige Verordnungen verstanden, welche entweder gänzlich wirkungs-

---

80) Der §. 454, II, 2 sagt: „Werden dem Erblasser nach errichtetem Testamente Kinder — geboren; und er verstirbt nach Verlauf Eines Jahres, ohne in Ansehung ihrer etwas verfügt zu haben: so verliert das Testament seine Kraft.“ Das Obertribunal sagt a. a. O. (Note 77). „Die gesetzlichen Voraussetzungen des §. 454 sind vorhanden. Denn zur Zeit der Errichtung des wechselseitigen Testaments war das nachgeborene Kind noch nicht vorhanden, wohl aber bei dem länger als ein Jahr nach der Geburt des Kindes erfolgten Tode des Vaters, ohne daß dieser Verfügung zu seinen Gunsten getroffen hatte.“ Zehn Zeilen vorher ist gesagt: er konnte es nicht, denn es heißt: „der überlebende Ehegatte (hatte) sich durch die Annahme der Erbschaft des Erstverstorbenen — außer Stande gesetzt, diese Erbeseinsetzung — einseitig (zum Nachtheil der Verwandten des Vorverstorbenen) zu widerrufen.“ Und doch soll es entscheidend sein: ob er abänderte oder nicht abänderte, obgleich nicht abändern konnte?

81) A. L.R. II, 2, §§. 444—449, 455. — Zu vergl. oben, §. 53.

los sind, oder nur in Ansehung einer oder der anderen Verfügung nicht zu Recht bestehen können. Man führt die Gründe der Ungültigkeit auf zwei Klassen zurück, indem man die schon von Anfang vorhandenen Mängel und die erst nach rechtsgültiger Errichtung der Verordnung eintretenden Nichtigkeitsgründe unterscheidet. Die Gründe der ersten Klasse entspringen entweder 1. aus subjektiven Mängeln, oder 2. aus einer fehlerhaften Willenserklärung, oder 3. aus dem Inhalte derselben. Neuere nennen ein Testament, welches aus einem der Gründe dieser ersten Klasse wirkungslos ist, testamentum nullum in genere [1]). In den Quellen ist die Bezeichnung dafür nicht immer dieselbe, es wird ein Testament ohne einen solchen Fehler testamentum jure perfectum, auch jure factum genannt, und ein solches, welches aus einem solchen Grunde kraftlos ist, heißt testamentum non jure factum oder imperfectum. Von diesem sagt Afrikanus: „— — non jure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, jure factum diceretur [2])." Dies kann sich freilich auch auf einen Formfehler beziehen [3]). Daher kommt der bei vielen Neueren aufgestellte Gegensatz zwischen äußeren und inneren Mängeln, auf welchen der Unterschied zwischen injustum und nullum testamentum gegründet wird [4]), welcher Unterschied jedoch die sämmtlichen Ungültigkeitsgründe der ersten Klasse nicht erschöpft.

Die Gründe der zweiten Klasse, welche erst nach der Testamentserrichtung eintreten, sind Umstoßung (testamentum ruptum), Entkräftung (testamentum irritum) und Vereitelung (testamentum destitutum), doch wird bisweilen der eine Ausdruck auch für den anderen gebraucht, namentlich wird der Ausdruck irritum für destitutum [5]) und für ruptum [6]) gebraucht [7]).

---

1) Weber, Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Bd. II, zu Lib. XXVIII, Tit. 3, §. 1426, S. 227. — Mühlenbruch, Forts. von Glück, Bd. XXXVIII, S. 119.

2) L. 6 pr. D. de lege Cornelia (XXVIII, 10). Vergl. L. 2, §. 1 D. testamenta quemadmodum aper. (XXIX, 3).

3) Wie in der L. 1 D. de injusto (XXVIII, 3). Vergl. L. 18 D. de leg. III.

4) Z. B. bei Hellfeld, Jurisprudentia, §. 1426.

5) L. 1 D. de injusto, rupto (XXVIII, 3). — L. 20 pr. D. bonorum poss. contra tabulas (XXXVII, 4); L. 50 pr. D. de manumiss. testamento (XL, 4).

6) L. 4 D. de his quae in testam. del. (XXVIII, 4); L. 15 pr. i. f. D. de test. mil. (XXIX, 1).

7) Ueber den technischen Gebrauch dieser Ausdrücke lehrt Gajus, Inst. II, §. 146: „Hoc autem casu (wenn das Testament durch capitis diminutio des

Die Wirkung der Gründe beider Klassen ist nach römischem Rechte in der Regel gänzliche Kraftlosigkeit der getroffenen Verfügung [8]), ausgenommen die Fälle, wo gegen das Notherbenrecht eines Pflichttheilsberechtigten verstoßen ist, und die Regel erheblichen Modifikationen unterliegt (§. 44 ff.); das Testament wird hier rescindirt (testamentum rescissum); auch gilt der Grundsatz, bei Erbeseinsetzungen wie bei Vermächtnissen, daß die ungültig errichtete Verordnung nicht konvalescirt, wenn auch später der Ungültigkeitsgrund hinwegfällt [9]), welches jedoch eine Ausnahme leidet, wenn der Ungültigkeitsgrund in dem Gegenstande der Verfügung oder in der mangelhaften Fähigkeit des Honorirten liegt, und die Zuwendung unter der Bedingung der künftigen Fähigkeit geschehen ist und die Bedingung eintritt [10]). Den Grundsatz hinsichtlich der Nichtkonvalescenz einer von Anfang ungültigen Handlung hat zwar auch das preußische Recht [10a]), wendet ihn jedoch nicht konsequent an ([18]).

Das Allgemeine Landrecht kennt die Kunstausdrücke nicht, die Sache aber kommt unter mancherlei Modifikationen vor, weshalb die vorliegende Darstellung sich den gemeinrechtlichen Lehren anschließen muß.

## §. 65.

### B. Von der anfänglichen Ungültigkeit.

Die Gründe, welche der Rechtsgültigkeit einer letztwilligen Verordnung schon bei ihrer Errichtung entgegen stehen, sind, wie vorhin (§. 64) angedeutet worden ist, dreifacher Art und sollen jetzt näher betrachtet werden.

I. Die subjektiven Mängel beruhen meistens in der Testamentsunfähigkeit, entweder in der aktiven, wovon schon oben (§. 17) gehandelt worden ist, oder in der passiven, worüber sich oben der §. 18 verhält, oder auch in beiden zugleich. Außerdem beruhen sie in der

---

Testators entkräftet wird) inrita fieri testamenta dicemus, cum alioquin et quae rumpuntur, inrita fiant (et quae statim ab initio non jure fiunt, inrita sunt), sed et ea, quae jure facta sunt, et postea propter capitis diminutionem inrita fiunt, possunt nihilominus rupta dici. Sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non jure fieri dicuntur, quaedam jure facta rumpi, vel irrita fieri." Diese Stelle hat Justinian in seine Institutionen, §. 5 quibus modis testam. infirm. (II, 17) wörtlich aufgenommen.

8) L. 2, §. 1 D. testam. quemadmodum aper. (XXIX, 3). — L. 2 D. de his quae in testam (XXVIII, 4).

9) L. 29, L. 210 D. de reg. juris (L, 17).

10) L. 1, §. 2 D. de regula Caton. (XXXIV, 7).

10a) A. L.R. I, 3, §. 43.

fehlenden Willens- oder Handlungsfähigkeit, wovon schon im §. 18 Nr. III die Rede war. Darauf kann hier zurückverwiesen werden. Inwiefern Testamente, welche aus einem Grunde dieser Art ungültig sind, nach preußischem Rechte durch Wegfall des Mangels rekonvalesciren, ist dort bereits angegeben. Dieselben haben in den Quellen keinen besonderen Kunstnamen, auch giebt es keine besondere Anfechtungsklage, weil es weder nöthig noch möglich ist, dasjenige, was nichtig ist, also nicht besteht, durch eine Klage erst umzustoßen [11]); vielmehr wird das nichtige Testament von demjenigen, welchem es entgegen stehen würde, wenn es kräftig wäre, als nicht vorhanden behandelt, d. h. er macht sein Erbrecht mit der Erbschaftsklage geltend und wenn der Gegner ihm das Testament vorrückt, so wird die Gültigkeit desselben bestritten. Bei Neueren [12]) heißt das aus einem Grunde dieser Art ungültige Testament testamentum nullum in specie, zu dessen Umstoßung eine eigene Klage unter dem Namen querela nullitatis angegeben wird [13]), wofür sich keine Unterstützung findet; die Meinung ist durch einen Fall der Nichtigkeit dieser Art, den der Präterition, veranlaßt [14]). — Daß die Nichtigkeit eines solchen Testamentes auch nach preußischem Rechte excipiendo und replicando geltend gemacht werden kann, ist selbstverständlich, das preußische Prozeßrecht gestattet aber auch, das Testament mittelst der gemeinrechtlich angegebenen Nullitätsquerel ([13]) anzufechten und umzustoßen, d. h. durch Richterspruch ausdrücklich für ungültig erklären zu lassen. Es tritt hierin die rein gesetzliche Erbfolge ein.

II. Die zweite Art der Ungültigkeitsgründe beruht in der mangelhaften Beschaffenheit der Willenserklärung. Der Mangel besteht entweder 1) in einer unfreien Willensbestimmung (§. 19), oder 2) in einer unselbstständigen Willenserklärung (§. 20 und 28), oder 3) in einem undeutlichen und unverständlichen Ausdruck (§. 20, Nr. I und II), oder 4) in der Unvollständigkeit der Erklärung in Ansehung der Form oder des Inhalts (§. 20, Nr. III), in welchem Falle das Testament testamentum imperfectum im eigentlichen Sinne genannt wird [15]), oder 5) in einem wesentlichen Formfehler [testa-

11) Vergl. v. Savigny, System, Bd. IV, S. 540 u. oben, §. 19, I, Nr. 2, lit. a u. Note 56 a.

12) Z. B. bei Höpfner, Kommentar, §. 514.

13) Ebenda §§. 535 u. 344; Menken, de actionibus, Sect. 3, C. 2, membr. 2; Thibaut, §§. 302, 966—968 der 8. Ausg.

14) v. Savigny, Bd. IV, S. 540, Note g. Gajus II, §. 123.

15) L. 6 pr. D. de lege Cornelia (XLVIII, 10): „Hoc (sc. quod tenetur

mentum non jure factum[16]), auch injustum[17])], wovon schon oben §§. 58 ff. gehandelt worden ist. Nach preußischem Rechte konvalescirt das von Anfang ungültige Testament in dem fünften Falle, wenn die Gesetzgebung über die Testamentsform sich nach Errichtung des fehlerhaften Testamentes ändert und zur Zeit des darüber entstandenen Streits die nach dem neueren Gesetze erforderlichen Förmlichkeiten bei dem Testamente angetroffen werden[18]). In Ansehung der Anfechtung eines aus einem Grunde dieser Art ungültigen Testamentes gilt das bei Nr. I Gesagte. — Daß die wegen Formmangels von Anfang ungültige Verordnung durch eine formgemäße spätere Wiederholung in Wirksamkeit gesetzt werden kann, wird ausdrücklich gesagt: „Legata inutiliter data Papinianus putat — confirmari per repetitionem, id est per hanc scripturam postea forte in codicillis factam . . .[19])," welches das Landrecht so ausdrückt: „Wird die Handlung in der gesetzmäßigen Form wiederholt, so gilt sie nur von dem Zeitpunkte dieser Wiederholung an[20])." Die hier hinzugefügte Zeitbestimmung hat nur bei Handlungen unter Lebenden Bedeutung; bei letztwilligen Verordnungen wird lediglich auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen; findet sich dann eine gültige Bestätigung der mangelhaften Verordnung vor, so ist das Datum derselben ganz gleichgültig.

Besonders auf das testamentum injustum oder nullius momenti bezieht sich die gemeinrechtliche Frage: ob ein solches durch Anerkennung der Intestaterben konvalescire. Nach einer sehr gewöhnlichen Meinung soll dies der Fall sein. Unter Anderen sagt Hellfeld in seiner Jurisprudenz nach Ordnung der Pandekten, im §. 1427: „Convalescunt tamen hujusmodi nulla et injusta testamenta, si heredes ab intestato illa sponte agnoscant." Dabei beruft man sich auf L. 16, §. 1 C. de testamentis (VI, 23), wo allerdings gesagt wird: „Illud etiam adjiciendum est, ut qui ex testamento vel ab intestato heres exstiterit, etsi voluntas

---

poena) tamen tunc verum est, quum perfectum testamentum erit; caeterum si non signatum fuerit. . ." Dies ist also der Gegensatz von perfectum, folglich imperfectum. Ein solches ist z. B. auch das privilegirte Testament einer gesandtschaftlichen Person, welche stirbt, bevor dasselbe zur Post gegeben worden war. Oben, §. 61.

16) L. 1 pr. D. de injusto. rupto (XXVIII, 3): „Testamentum — non jure factum dicitur, ubi solennia juris defuerunt."

17) L. 2, §. 1 D. testam. quemadmodum aper. (XXVIII, 3); L. 9, §. 1 C. de suis et legitimis (VI, 55).

18) A. L.R. Einl. §. 17; I, 12, §. 563.

19) L. 19 pr. D. de legatis I. Vergl. L. 32 pr. D. eodem.

20) I, 3, §. 44.

defuncti circa legata vel fideicommissa, seu libertates legibus non sit subnixa, tamen si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat." Ferner wird Gewicht gelegt auf L. 2 C. de fideicommissis (VI, 42), wo es heißt: „Et si inutiliter fideicommissum relictum sit: tamen si heredes, comperta voluntate defuncti, praedia ex causa fideicommissi avo tuo praestiterunt: frustra ab heredibus ejus de ea re quaestio tibi movetur, cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur[20a]." — Von anderer Seite wird diese Meinung als mit anderen Rechtsgrundsätzen unvereinbar, bekämpft: „Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest[20b]." In diesem Falle sei etwas Rechtsgültiges gar nicht vorhanden, eine Klage sei zur Wegräumung des leeren Scheins nicht nöthig und auf den Willen und die Thätigkeit einer dabei betheiligten Person komme nichts an[20c]. Zwar sei es außer Zweifel, daß der Intestaterbe durch Anerkennung des nichtigen Testaments auf sein Recht wirksam verzichten könne, sein gesetzliches Erbrecht wider den Testamentserben geltend zu machen, wie in den andererseits beigebrachten Stellen angedeutet sei; aber ein Konvalesciren des Anfangs ungültigen Testaments dürfe man dies nicht nennen. Der eingesetzte Erbe behalte die Erbschaft nicht als solcher, oder aus dem Testamente, sondern in Folge des Verzichts der Intestaterben, welche im Rechtssinne als die wahren Erben zu betrachten seien. Denn da ein Testament im Rechtssinne nicht vorhanden sei[20d], so könne man auch nicht sagen, daß aus dem Testamente succedirt werde. Der verzichtende Intestaterbe verfüge über die Erbschaft, gerire sich also dadurch als Erben, d. h. es liege in seiner Erklärung eine Antretung der Erbschaft und die ausgesprochene Verzichtleistung sei als Uebertragung eines bereits erworbenen Erbrechts anzusehen und aufrecht zu erhalten. Der eingesetzte Erbe behalte dann die Erbschaft gleichsam ex jure cesso, wobei der ausscheidende Notherbe nach wie vor als Intestaterbe zu denken. Dies sei noch vielmehr der Fall, wenn sich der Intestaterbe mit dem Testamentserben vergleiche. Er verfüge

20a) Vergl. L. 23 C. de fideicommissis (VI, 42).

20b) L. 210 D. de reg. juris (L, 17). Vergl. L. 29 D. eodem.

20c) v. Savigny, System, Bd. IV, S. 540.

20d) L. 2, §. 1 D testam. quemadm. aper. (XXIX, 3): „Testamentum proprie illud dicitur, quod jure perfectum est; sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel injusta, vel irrita, vel rupta, itemque imperfecta solemus testamenta dicere."

dadurch über sein Recht auf eine Art, daß sein Wille, die Erbschaft erwerben zu wollen, dadurch auf eine unzweifelhafte Weise an den Tag gelegt sei [20e]. — Anders verhält es sich mit einem an sich gültigen aber als inoffizios zu rescindirenden Testament, wenn der verletzte Notherbe das Testament anerkennt: dann bleibt dasselbe bei Kräften und kann weiterhin nicht mehr angefochten werden. „Si conditioni parere testator heredem jussit in persona filii, vel alterius, qui eandem querelam movere potest, et sciens is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querela excludatur: agnovit enim judicium (den Willen des Testators). — Et potest dici, excludi eum [21]." — Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht darin, daß bei einem nichtigen Testamente der Intestaterbe, welcher durch Anerkennung des Testaments, d. h. durch Verzichtleistung auf sein Erbrecht und Uebertragung desselben auf den eingesetzten Erben, den Ansprüchen der Gläubiger unterworfen ist und unterworfen bleibt, gleich einem Erbschaftsverkäufer [22], in dem zweiten Falle aber die Gläubiger sich nur an den Testamentserben halten können.

Wie verhält sich zu dieser Frage das Allgemeine Landrecht? Wir haben darüber zwei Stellen:

a) den §. 611, Th. I, Tit. 12: „Der Erbe und Legatarius, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit nicht mehr anfechten." Diese Vorschrift bezieht sich erstens allgemein auf den Erben, mag er ex testamento oder ab intesto Erbe sein. Der Testamentserbe kann ein Interesse an der Beseitigung des Testaments haben, weil er, wenn es beseitigt wird, die Erbschaft ab intestato, ohne Belastung, würde erwerben können. Ein Extraneus kann schwerlich zur Anfechtung legitimirt sein, er braucht nur die Erbschaft auszuschlagen. Doch kann nach Annahme der Erbschaft sich die Ueberlastung derselben herausstellen und sein Interesse in der Anfechtung ungültiger Vermächtnisse und anderer Auflagen bestehen. Diese kann er auch nach der Anerkennung

---

20e) Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glück, Bd. XXXVIII, S. 135 u. Bd. XXXVII, S. 269. — A. D. Weber, Erläut. der Pandekten, Bd. II, §. 1427, S. 229. — Alb. Phil. Fricke, D. de testamento nullo insequuta heredum ab intestato adprobatione nunquam in formam validi testamenti reconvalescente. Helmst. 1771. — Jos. Averanii Observat. seu Interpret. juris, Lib. I, c. 10, nr. 23 sqq. — M. s. auch Franke, im Archiv f. civil. Praxis, Bd. XIX, S. 198 ff.

21) L. 8, §. 10 D. de inofficioso testam. (V, 2). Vergl. L. 12, §. 2, L. 32, §. 1 D. eodem.

22) L. 2 C. de hered. vel act. vendita (IV, 39).

noch anfechten, wenn ihm die Ungültigkeitsgründe erst später bekannt geworden sind [23]). Zweitens bezieht sich die Bestimmung auch auf Legatarien. Die ganze Anordnung ist dunkel, man erkennt nicht, an was für Fälle man gedacht hat. Ein Legatarius kann eine Legitimation zur Anfechtung des Testamentes nur haben, wenn er Intestaterbe sein würde, falls ihm das Testament nicht entgegenstände; außerdem könnte er nur bei einer Ueberbürdung sich von dieser freizumachen ein Interesse haben, in welchem Falle sein Angriff auch nur auf diese einzelne Verfügung sich zu beschränken hätte: für die Anfechtung der Gültigkeit des ganzen Testamentes von einem fremden Legatar läßt sich schwerlich ein Fall ersinnen, die Bestimmung erscheint daher fast gegenstandslos.

Die Unterscheidung der absoluten Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit (Rescission) eines an sich gültigen Testamentes ist übergangen, doch wird die Vorschrift auf nichtige Testamente bezogen werden müssen, da sich die Vorschrift über zu rescindirende inoffiziose Testamente an einer anderen Stelle findet (lit. b). Welche Wirkungen die Anerkennung des ungültigen Testamentes habe, wird auch nicht gesagt. Der oben angeführte Grundsatz: „quae ab initio“ etc., findet sich nicht wiederholt, der Satz: „Eine Handlung, die wegen Verabsäumung der gesetzmäßigen Form von Anfange an nichtig war, kann in der Folge niemals gültig werden“ [24]), trifft nur injusta oder nullius momenti testamenta, und von diesen muß nach preußischem Rechte in der Regel das Gleiche gelten, wie nach römischen Rechte, wenn nicht die vorhin erwähnte Ausnahme in Folge der Veränderung in der Gesetzgebung über die Förmlichkeiten eintrat. Hinsichtlich der aktiven Testirfähigkeit ist besonders bestimmt: „Die Fähigkeit oder Unfähigkeit eines Erblassers muß nach dem Zeitpunkte, wo er seinen letzten Willen errichtet hat, beurtheilt werden. — War zu dieser Zeit der Erblasser, wegen eines natürlichen Mangels, seinen letzten Willen zu erklären unfähig, so bleibt die Verordnung ungültig, wenn auch dieser Mangel in der Folge gehoben worden [25]).“ Auch hierdurch ist die Konvalescenz eines aus dieser Ursache von Anfang ungültigen Testamentes ausgeschlossen. Nach alle dem findet sich kein Grund, dem Anerkenntnisse eines von Anfang nichtigen Testaments eine andere Wirkung zuzuschreiben, als es nach der vorhin vorgetragenen zweiten Mei-

23) A. L.R. I, 12, §. 613.
24) I, 3, §. 43.
25) I, 12, §§. 11, 12.

nung gemeinrechtlich hat, und auch diese Wirkung ist nur einem erst nach der Publikation des Testamentes erklärten Anerkenntnisse beizulegen [26]). Der Annahme dieser Wirkung nach preußischem Rechte steht auch die Fassung des §. 611 zur Seite. Er sagt nur: derjenige Erbe oder Legatarius, welcher eine letztwillige Verordnung anerkannt hat, kann deren Gültigkeit nicht weiter anfechten; er sagt nicht, daß das ungültige Testament durch das Anerkenntniß gültig werde. Das Anerkenntniß steht nur dem Anerkennenden in Beziehung auf denjenigen, welchem gegenüber die Anerkennung geschehen ist, und in Betreff derjenigen Ungültigkeitsgründe, welche ihm bei der Anerkennung bekannt waren, entgegen [27]); jeder Dritte, welcher dabei betheiligt ist, kann das Testament nach wie vor als nicht vorhanden behandeln und sich an denjenigen halten, welcher ab intestato Erbe sein würde [28]). „Privatis pactionibus non dubium est, non laedi jus ceterorum; quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademptae [29]).“ Die zweite Stelle ist

b) der §. 438, Th. II, Tit. 2: „Wenn der Enterbte das Testament einmal ausdrücklich anerkannt hat, so kann er dasselbe in der Folge nicht mehr anfechten.“ Hierbei findet sich keine Schwierigkeit, die Bestimmung bezieht sich lediglich auf ein inoffiziöses Testament und befindet sich ganz im Einklang mit dem Gemeinen Rechte: das Testament wird als ein gültiges vorausgesetzt, welches nur auf Antrag des verletzten Notherben in tantum rescindirt werden könnte und welches absolut bei Kräften bleibt, wenn der Verletzte im Bewußtsein des ihm zugefügten Nachtheils das Testament anerkennt.

Eine bestimmte Form für die Anerkennung eines ungültigen oder wegen Lieblosigkeit anfechtbaren Testaments kennt das Gemeine Recht nicht; man nimmt auf Grund der Aeußerung von Paulus: „recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis judicio voluntatis“ [30]), an, daß die Anerkennung durch jede formlose wörtliche oder stillschweigende Erklä-

26) Erk. des Obertr. vom 22. April 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 117).

27) A. L.R. a. a. O. §. 613.

28) Vergl. Erk. des Obertr. vom 24. Juli 1848 (Jur. Wochenschr. v. J. 1848, Sp. 363).

29) L. 3 pr. D. de transactionibus (II, 15).

30) L. 95 D. de acquir. vel omitt. heredit. (XXIX, 2).

rung gültig geschehen könne, weil die Ablehnung einer Erbschaft, wie sie in der Anerkennung des Testamentes zu finden sei, an eine bestimmte Form nicht gebunden ist. Namentlich wird die Annahme eines Legats in Beziehung auf ein als inoffiziös anfechtbares Testament für eine solche konkludente Handlung ausdrücklich anerkannt [31]); eine andere Stelle drückt sich widersprechend und schwankend aus [32]). Die sich daran knüpfenden Vereinigungsversuche [33]) sind für unseren Zweck ohne Interesse, wie sich sogleich ergeben wird. — Eine wirksame Anerkennung des Testamentes wird gemeinrechtlich auch darin gefunden, wenn der Intestaterbe den letzten Willen des Erblassers vollzieht und dem eingesetzten Erben die Erbschaft oder die vermachten Gegenstände dem Vermächtnißnehmer überliefert [34]). — Von alle dem ist für das preußische Recht keine unmittelbare Anwendung zu machen. Daß die ausdrückliche Anerkennung des fehlerhaften Testamentes nach den Grundsätzen des Landrechts an die Form der Entsagungen oder Verzichte gebunden ist, darf nicht bezweifelt werden, da mündliche Willensäußerungen in der Regel nicht verbindlich machen. Und einer ausdrücklichen Anerkennung ist nur eine einzige juristische Thatsache, und zwar auch noch mit großer Reserve, gleichgestellt, im Allgemeinen ist eine stillschweigende Anerkennung nicht für bindend erklärt und in Formsachen ist eine analoge Anwendung auf andere konkludente Handlungen, oder auf andere als honorirte Personen nicht zulässig [35]). Jene Thatsache ist die Zahlung und beziehungsweise die Annahme eines Legats. Der Grundsatz lautet: „Einem ausdrücklichen Anerkenntnisse ist es gleich zu achten, wenn der Erbe Vermächtnisse aus dem Testamente ohne Vorbehalt bezahlt, oder wenn der Legatarius ein solches Vermächtniß ohne Vorbehalt angenommen hat [36])." Dieser Grundsatz findet auf den verletzten Notherben in Beziehung auf sein Recht, die Ergänzung oder Entlastung seines Pflichttheils zu fordern, keine Anwendung. Das ihm ausgesetzte Legat muß er sich gefallen und

31) L. 8, §. 10, L. 12, §. 2, L. 31, §. 3, L. 32, §. 1 D. de inoff. testam. (V, 2); L. 3 i. f., L. 14 pr. D. de bon. poss. contra tabulas (XXXVII, 4).

32) L. 5 pr. D. de his quae ut indignis aufer. (XXXIV, 9).

33) Eine Uebersicht davon ist bei Mühlenbruch, in der Forts. von Glück, Bd. XXXVIII, S. 141—147.

34) L 2 C. de fideicommissis (VI, 42); L. 2 C. si adv. solut. (II, 33); L. 6 C. de cond. indeb. (IV, 5); L. 9 i. f. C. ad leg. Falcid. (VI, 50).

35) Vergl. Erk. des Obertr. vom 3. Juni 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 307); Erk. vom 14. Februar 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 204).

36) A. L.R. I, 12, §. 612.

anrechnen lassen, denn er kann quovis titulo auf das, was ihm vermögensrechtlich als Pflichttheil gebührt, abgefunden werden; aber wenn er es annimmt, so wird er dadurch allein an der Nachforderung der Ergänzung oder Entlastung seines Pflichttheils nicht ausgeschlossen [37]).

Irrthum des Anerkennenden über das Nichtvorhandensein von Ungültigkeitsgründen entkräftet das Anerkenntniß. „Si post divisionem factam testamenti vitium in lucem emerserit, ex his, quae per ignorantiam confecta sunt, praejudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud Correctorem —, testamentum vel fide veri deficere, vel juris ratione stare non posse, ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas [38]).“ Der Fall war, daß der nächste Intestaterbe mit Entfernteren oder Fremden in einem ungültigen Testament berufen war und mit ihnen nach Vorschrift des Testamentes theilte, hinterher aber sich ergab, daß das Testament ungültig, weshalb der Intestaterbe von seinem gesetzlichen Erbrechte Gebrauch machen wollte und bei dem Kaiser anfragte, ob ihm darin die in der Theilung liegende Anerkennung des Testamentes hinderlich sein könnte. Das Landrecht hat das in der Antwort enthaltene Prinzip aufgenommen: „Doch muß dem Legatario sowohl als dem Erben rechtliches Gehör (wegen Umstoßung des Testamentes) verstattet werden, wenn sie nachweisen können, daß die Gründe, aus welchen sie die Verordnung anfechten wollen, erst nach dem Anerkenntnisse zu ihrer Wissenschaft gelangt sind [39]).“ Eine exceptionelle Vorschrift über die Beweislast ist hier nicht gegeben, wie man nach der Fassung denken könnte; eine Negative, das Nichtwissen, läßt sich direkt nicht beweisen.

Die gemeinrechtlich streitige Frage: ob der Intestaterbe seines Vermächtnisses verlustig gehe, d. h. es nicht fordern dürfe, oder wenn er es bereits empfangen, zurückgeben müsse, wenn er das Testament ohne Erfolg angreift, fällt nach dem Landrechte hinweg. Die erfolglose Anfechtung ist als Indignitätsgrund nicht anerkannt.

Eine dem Römischen und Gemeinen Rechte ganz fremde An-

---

37) A. L.R. II, 2, §. 439: „Die bloße Annahme eines im Testamente ausgesetzten Vermächtnisses ist für ein solches Anerkenntniß noch nicht zu achten.“ Erk. des Obertr. vom 1. Juli 1859 (Archiv für Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 123). Vergl. Erk. dess. vom 8. März 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 212) u. vom 3. Juni 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 314).

38) L 4 C. de jure et facti ignor. (I, 18).

39) I, 12, §. 613.

wendung von der Wirkung der Anerkennung eines fehlerhaften Testamentes hat die preußische Praxis auch auf Indignitätsfälle gemacht. Das Obertribunal hat als Präjudiz festgestellt: „Die Vorschrift des §. 611 findet auch auf die in den §§. 605—607, Th. I, Tit. 12 erwähnten Fälle Anwendung, in denen nicht die Gültigkeit einer solchen Verordnung überhaupt angefochten, sondern nur die Unwürdigkeit (Indignität) desjenigen, der die Errichtung eines Testamentes oder dessen Widerruf verhindert hat, geltend gemacht wird[40]." Dieses Präjudiz ist fehlsam. Die Anerkennung eines unförmlichen oder sonst nichtigen Testaments und deren Wirkung hat mit dem Nachsehen der Strafwürdigkeit eines Unwürdigen, dem das aus dem gültigen Testamente gültig Erworbene zur Strafe wieder entrissen werden kann, keine Spur von Zusammenhang, Verwandtschaft oder Analogie; die Lehre von der Indignität ist ja eine von der Ungültigkeit der Testamente wesentlich verschiedene Materie.

Der Fall, wenn der Intestaterbe und der Testamentserbe sich über ein streitiges Testament vergleichen, hat zwar manche Folgen mit der Anerkennung und Verzichtleistung gemeinsam, aber er hat auch manches Eigenthümliche, weshalb darüber am Schlusse dieses Abschnittes besonders gehandelt werden soll. (§. 69.)

III. Aus dem Inhalte entspringt Ungültigkeit einer letztwilligen Verordnung gleich von Anfang in folgenden Fällen:

1. Wenn derselbe an sich unausführbar ist. Dies ist namentlich der Fall bei einer Erbeseinsetzung oder sonstigen Zuwendung unter einer nicht eingetretenen conditio in praesens vel in praeteritum collata. Hiervon ist schon oben, im §. 24, IV, Nr. 4 (S. 265), ausführlich gehandelt.

2. Wenn das Notherbenrecht des Suus, nach heutigen Ansichten das eines Pflichttheilsberechtigten durch Uebergehung (Präterition) verletzt ist. In diesem Punkte weicht das Allgemeine Landrecht von dem römischen Rechte sehr weit ab. Nach den römischen Rechtsgrundsätzen bestanden die Wirkungen der Präterition darin, daß das ganze Testament von Anfang ipso jure null und nichtig war. „Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit[41]." Die Prokulianer wollten zwar

---

40) Pr. 2634, v. 4. Juli 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 18).

41) L. 17 D. de injusto, rupto (XXVIII, 3). Vergl. L. 15 pr. D. de legat. praest. (XXXVII, 5); L. 32 D. de liberis (XXVIII. 2); L. 1, §. 9 D. si tab. nullae (XXXVIII, 6).

das Testament aufrecht erhalten wissen, wenn der Präterirte vor dem Testator gestorben war[42]); allein nach der Ansicht der Sabinianer kam die Regel: quod ab initio vitiosum est, non debet tractu temporis convalescere, auch in dieser Frage schließlich zur allgemeinen Geltung[43]). Es ward sonach in allen Fällen die Intestaterbfolge eröffnet, der Präterirte forderte seinen Erbtheil mit der hereditatis petitio ab intestato und wenn der Testamentserbe sich auf das nichtige Testament berief, so hatte freilich das Gericht über die Nichtigkeit desselben zu befinden, aber es bedurfte keiner besonderen vorgängigen Nullitätsklage, von welcher auch die Quellen nichts wissen. Neuere sprechen hier vorzugsweise von einer sog. querela nullitatis ex jure antiquo[44]), welche, wie gesagt, das jus antiquum nicht kennt, weil das, was absolut nichtig ist, nicht erst durch ein eigenes Rechtsmittel angegriffen zu werden braucht. Das aus diesem Grunde ungültige Testament heißt gewöhnlich vorzugsweise testamentum nullum oder nullum in specie, im Gegensatze eines testamentum rescissum, welches, an sich gültig, als inofficiosum, rescindirt wird, wenigstens in tantum bezüglich auf die Erbeseinsetzung; die testamenta rescissa beschränken sich jedoch nicht auf diesen Fall, indem die Rescission sich auch auf Ungültigkeitsursachen der zweiten Klasse gründet[45]).

Das Landrecht hat diese gemeinrechtliche Theorie fallen lassen; die Verfasser haben sich bemüht, in der Lehre von dem Notherbenrecht ein durchaus selbstständiges Werk zu schaffen. An der Spitze steht der Grundsatz: Alle letztwillige Verfügungen, wodurch den Notherben ihr Pflichttheil genommen, geschmälert oder belastet werden soll, müssen, bei Strafe der Nichtigkeit, in der Form eines wirklichen Testaments abgefaßt sein, und selbst die Form einer privilegirten Disposition unter Kindern ist dazu nicht hinreichend[46]). Ist diese Form nicht beobachtet, so tritt nach den Worten des Gesetzes Nichtigkeit der ganzen Verordnung von selbst ein und es findet die rein gesetzliche Erbfolge statt; ist dagegen der Form entsprochen, so hat eine Verletzung des Rechts eines Notherben, welcher Art sie sei, keinen Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit des Testaments, es

---

42) Gajus, Inst. Lib. II, §. 123.

43) L. 7 D. de liberis et posth. (XXVIII, 3); Pr. Inst. de exhered. liberor. (II, 13).

44) Höpfner, Kommentar, §. 525; Glück, Kommentar, Bd. VII, §. 551, S. 292.

45) M. s. Mühlenbruch, Forts. von Glück, Bd. XXXVIII, S. 123.

46) II, 2, §§. 431, 500; II, 1, §. 633.

kommt nichts darauf an, ob der Pflichttheilsberechtigte ganz übergangen, oder ob er mit oder ohne Erbeseinsetzung zwar bedacht aber ungenügend bedacht, oder ob er mit oder ohne Anführung einer Ursache enterbt worden ist, oder nicht: er kann in allen Fällen, wo er ohne einen angeführten oder einen zwar angeführten aber nicht nachweisbaren gesetzmäßigen Grund in seinem Pflichttheilsrechte verletzt worden ist, nur seinen Pflichttheil oder dessen Ergänzung fordern [47]). Das Gesetz spricht in Beziehung darauf von einer Anfechtung des Testaments behufs Erlangung des Pflichttheils: „Wenn der Enterbte das Testament einmal ausdrücklich anerkannt hat, so kann er dasselbe in der Folge nicht mehr anfechten. — In allen anderen die Enterbung nicht betreffenden Stücken bleibt die letztwillige Verfügung bei Kräften [48]).“ Man könnte daher an jene rescindirende Inoffiziositätsquerel denken, die sich eben nur gegen die den Notherben beeinträchtigende einzelne Verfügung des Testators zu richten hätte und diese Auffassung findet Unterstützung in den §§. 432 und 433 a. a. O.:

> „Behauptet ein in seinem Pflichtheile enterbtes, verkürztes, oder sonst belastetes Kind, daß ihm ein solcher Nachtheil aus einer nicht gesetzmäßigen, oder nicht gegründeten Ursache zugefügt worden: so muß demselben rechtliches Gehör darüber verstattet werden.“
>
> „Findet der Richter die Beschwerde gegründet: so muß dem Kinde sein Pflichttheil aus der Erbschaft verabfolgt, oder ergänzt, oder die darauf gelegte Last oder Einschränkung durch Urtel und Recht für aufgehoben erklärt werden.“

Die Bezeichnung des Rechtsmittels als Beschwerde erinnert an die gemeinrechtliche Querel und die Anweisung des Verletzten mit seinem Pflichttheile auf die Erbschaft deutet an, daß der Pflichttheil für einen Erbtheil gehalten wird und nicht als eine gesetzliche Schuld, welche der Testamentserbe zu bezahlen hätte, angesehen werden kann [49]). Der Notherbe tritt nicht als Gläubiger auf, er muß vielmehr selbst den Erbschaftsgläubigern Rede stehen, bevor er etwas erhalten kann,

---

47) II, 2, §§. 432, 442.

48) Ebenda §§. 438, 436.

49) So faßt Mühlenbruch in der Forts. von Glück, Bd. XXXVIII, S. 53, 54 die Sache auf. Auch Gärtner, in Simon's Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechts, Bd. II. S. 437 flg., geht von einem Forderungsrechte des Notherben aus, welches sich dann durch das obsiegende Urtel in ein dingliches Recht verwandeln soll, ein Gedanke, welcher als unjuristisch auch von Mühlenbruch, a. a. O. Note 16, verworfen wird.

er greift vielmehr vermöge seines, von dem Willen des Testators ganz unabhängigen gesetzlichen Erbrechts (§. 4), das Testament an und will, indem er selbst als Erbe auftritt, den Testamentserben verdrängen und an dessen Stelle treten, zwar nicht, wie nach römischem Rechte, ganz und gar, sondern insoweit jener ihm in seinem gesetzmäßigen Pflichttheile im Wege steht. Daher ist es gerechtfertigt, den Notherben als wahren Erben, und sein Rechtsmittel als eine Erbschaftsklage (hereditatis petitio partiaria) anzusehen. Der Umstand, daß der Pflichttheilserbe sich durch jede ihm unter einem anderen als dem erbrechtlichen Titel gemachte Zuwendung abfinden lassen muß, berührt die rechtliche Natur seines Rechts gar nicht, sondern betrifft lediglich die Anweisung des vermögensrechtlichen Bestandtheils seines Erbrechts und gehört dem Erbtheilungsverfahren an; das Erbrecht hat aber noch andere Bestandtheile als vermögensrechtliche. Ausführlich ist über die ganze Frage schon oben (§§. 45 flg.) gehandelt worden.

Soweit sind die landrechtlichen Bestimmungen konsequent nach der Idee und Absicht der Verfasser, welche darüber sagen: „Die Dispositionen weichen hin und wieder von den Vorschriften des römischen Rechts ab. Nach diesem, und nach der gemeinen Meinung seiner Ausleger ist, wenn ein Kind übergangen, oder ohne gesetzmäßige Ursache enterbt worden, das ganze Testament unkräftig; und ist die Enterbung aus einer zwar gesetzmäßigen, aber in Fakto nicht gegründeten Ursache geschehen, so wird wenigstens die ganze Erbeseinsetzung aufgehoben. Diese Dispositionen haben in der Natur der Sache keinen Grund. Daraus, daß Eltern den Kindern ihren Pflichttheil nicht sollen entziehen können, folgt offenbar nur so viel, daß, wenn sie solches dennoch thun, die Disposition, so weit sie gesetzwidrig ist, ungültig sei, und also den verkürzten Kindern zu dem, was das Gesetz ihnen anweist, verholfen werden müsse. Nicht aber folgt daraus eine Nichtigkeit der Verordnung, so weit sie dem Gesetze nicht zuwider ist. Noch weniger läßt es sich aus der Natur der Sache herleiten, daß um deswillen, weil in der Person des Erben eine Veränderung vorgefallen, die im Testamente enthaltenen Vermächtnisse 2c. unkräftig werden müßten [50])." In einem Falle aber verfallen die Verfasser in eine auffallende Inkonsequenz, nämlich im Falle der Uebergehung eines Notherben aus Irrthum.

---

50) Anm. zu §. 322 des Entwurfs, Th. I, S. 211. — Auch hieraus erhellet, daß man daran gar nicht dachte, den Pflichttheil des Notherben in ein bloßes Forderungsrecht gegen den Testamentserben zu verwandeln.

Hier ist vorgeschrieben, daß der Uebergangene, wenn er nach errichtetem Testamente zurückkehrt oder sonst zum Vorschein kommt, ipso jure den Testamentserben hinzutreten soll, jedoch nur, wenn der Testator innerhalb eines Jahres nach erkanntem Irrthume stirbt; stirbt er später, so soll das Testament seine Kraft verlieren und den Kindern die gesetzliche Erbfolge eröffnet sein [51]). Diese Inkonsequenz wird in der angeführten Note so gerechtfertigt: es lasse sich in diesem Falle mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht bestimmen: was er gethan haben würde, wenn ihm, dem Testator, die Existenz des Kindes zur Zeit des errichteten Testamentes bekannt gewesen wäre; hier bleibe nur der Ausweg übrig, die Disposition ganz aufzuheben und die gesetzliche Erbfolge eintreten zu lassen. Aber hiernach ist die Vorschrift, daß das Testament nicht von Anfang ungültig sein, sondern es erst durch Ablauf eines Jahres, man weiß nicht ob von selbst oder durch Rescission, werden soll, eine zweite Inkonsequenz, wenn der gültige letzte Wille gerade dadurch, daß der Testator denselben durch sein langes Beharren dabei bestätigt hat, seine Kraft verlieren soll, nachdem es doch einmal als Grundsatz proklamirt ist, daß der letzte Wille nur, insoweit er gesetzwidrig ist, nicht bestehen kann. Darin läßt sich keine Logik entdecken. Der Fall ist schon oben im §. 53 ausführlich abgehandelt. Hier ist nur noch das Rechtsmittel näher zu besprechen. Die meiste Aehnlichkeit hat der Fall mit dem inoffiziosen Testamente im römischen Rechtssinne und dessen gänzlicher Recission mittelst der querela inofficiosi testamenti. Denn das Testament ist von Anfang giltig und bleibt noch ein Jahr nach Erkennung des Irrthums, d. h. so lange, bis es dem Testator möglich war, eine Abänderung zu treffen, gültig. Erst wenn es sich herausstellt, daß er dies nicht wollte, soll Inoffiziosität angenomen werden. So steht es mit diesem Falle im römischen Rechte, wie im §. 53 nachgewiesen worden ist. Nun würde nach dem angenommenen und kundgegebenen Grundsatze der Verfasser dieser Umstand keineswegs die Umstoßung des ganzen Testamentes zur Folge haben können, aber es ist mit Verläugnung des Grundsatzes ohne logischen Grund beliebt worden, das Testament g ä n z l i c h außer Kraft zu setzen. Das kann nicht wörtlich verstanden werden, denn das Testament ist von Anfang gültig und kann nur aus einem später eintretenden Ereignisse umgestoßen (rescindirt) werden. Als ein solches wird die nach Ablauf eines Jahres fingirte Lieblosigkeit des Testators

51) A. L.R. II, 2, §§. 444—451.

angesehen, wie im §. 53 nachgewiesen ist. In diesem einzigen Falle hätte also die dem irrthümlich Präterirten zustehende Klage die rechtliche Natur und Wirkung der alten römischen querela inofficiosi testamenti. Die querela nullitatis ex antiquo jure der Neueren paßt nicht, weil Nullität nicht vorliegt (Nr. I). Daher behält dieses Testament ohne allen Zweifel auch seine Kraft, wenn der betheiligte Notherbe dasselbe anerkennt. (Oben, Nr. II, Absatz 2 a. E.). Das Gleiche gilt, wenn die Anfechtung innerhalb der Verjährungsfrist versäumt wird.

### C. Von der erst nach Errichtung des Testaments eintretenden Ungültigkeit.

## §. 66.

### 1. Von dem testamentum ruptum.

Rumpirt wird ein Testament aus zwei Gründen: in Folge des veränderten Willens des Testators und durch das Eintreten einer im Testamente nicht erwähnten Person in die Stellung eines Notherben des Testators (Agnation eines Nacherben). Darauf gründen einige Neuere [1]) die Unterscheidung zwischen testamentum vere ruptum und t. praesumtive ruptum, die zwar ohne praktische Realität und hinsichtlich der Vermuthung nach römischem Rechte ohne Wahrheit ist, aber nicht ohne Einfluß auf das Landrecht gewesen zu sein scheint, worauf ich bei Nr. II wieder zurückkommen werde.

I. Das römische Recht hat den Grundsatz: „ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum [2]).“ Das Allgemeine Landrecht drückt dasselbe so aus: „Jede einseitige letztwillige Verordnung kann von dem Testator, bis zu seinem Ableben, nach Gefallen, ganz oder zum Theil widerrufen und abgeändert werden [3]).“

1. Darauf beziehen sich einige Kontroversen. Unter den gemeinrechtlichen Rechtsgelehrten ist

a) darüber Streit: ob nicht der Testator seinen Willen durch Hinzufügung der s. g. derogatorischen Klausel (clausula derogatoria) für alle Zukunft binden, und sich der Befugniß zur Abänderung

---

1) J. B. Hellfeld, §. 1428; A. D. Weber, Erläuterung der Pandekten Bd. II, §. 1428.

2) L. 4 in f. D. de adimendis vel transferendis legatis (XXXIV, 4). Zu vergl. L. 6 C. qui testam. facere poss. (VI, 22); L. 19 C. de testamentis (VI, 23).

3) I, 12, §. 564.

oder Aufhebung seines Testamentes mit rechtlicher Wirksamkeit begeben könne. Man versteht unter dieser Klausel gewöhnlich die Nebenbestimmung, wodurch künftige Verfügungen im Voraus für ungültig erklärt, besonders die mit dem Inhalte der gegenwärtigen Verfügung, der sie beigefügt ist, nicht verträglich sind, wodurch diese also abgeändert oder aufgehoben wird; indessen wird auch wohl umgekehrt die in einer späteren Verfügung enthaltene Erklärung darunter verstanden, daß eine frühere Verfügung ganz oder theilweise nicht mehr gelten solle. Mit diesen beiden Begriffen darf nicht verwechselt werden die s. g. clausula privatoria oder cassatoria, worunter in der Regel die Erklärung des Testators verstanden wird, daß ein Honorirter der Vortheile aus dem Testamente verlustig gehen solle, wenn er dasselbe anfechten oder die darin vorgeschriebenen Modalitäten und Auflagen nicht erfüllen würde [4]). Dieser Streit fällt im preußischen Rechte ganz aus, denn „jede einseitige letztwillige Verordnung kann von dem Testator nach Gefallen widerrufen und abgeändert werden ([3]);" jede einseitige Erklärung, wodurch er sich selbst verbietet, eine vorhergehende Verfügung zu widerrufen, ist eben auch eine einseitige Verordnung, woraus noch Niemand ein Recht erlangt hat, und eine bloße Entsagung oder ein Verzicht auf die Ausübung des Rechts zu testiren ist wirkungslos. (Oben, §. 17, Nr. II, 2.) Im Prinzip ist hieran kein Zweifel, Jeder kann seine letztwilligen Verordnungen, selbst die derogatorischen Bestimmungen, nach Gefallen wieder aufheben oder abändern, aber unter einer Beschränkung hinsichtlich der Form. Wenn nämlich der Erblasser in seinem förmlichen Testamente ausdrücklich verordnet hat, daß keine schriftlichen Aufsätze, welche sich von ihm vorfinden möchten, gültig sein sollen (clausula derogatoria), so soll es dabei verbleiben, auch wenn diese in dem gerichtlichen Testamente enthaltene Erklärung in dem außergerichtlichen Kodizille widerrufen wäre [5]). Die Bestimmung ist also nur gegen die außergerichtliche Form gerichtet; man wollte nicht, daß „jeder Zettel oder Wisch, der unter des Testators Sachen oder Skripturen gefunden wird, gelten muß [6])." In der gerichtlichen Form eines Testaments ist die Wiederaufhebung unbenommen.

Hieran schließt sich die verwandte Frage: ob es rechtliche Wirkung habe, wenn der Testator in seinem förmlichen Testamente be-

---

4) Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXVIII, S. 170, 171, u. wörtlich nach ihm: Heimbach sen. in Weiske, Rechtslexikon Bd. X, S. 933.

5) A. L.R. I, 12, §. 163.

6) Suarez, in den Schlußvorträgen, Jahrbücher, Bd. XLI, S. 76.

stimmt hat, daß künftige Dispositionen nur unter gewissen Bedingungen, z. B. wenn diese oder jene Form dabei beobachtet, dieses oder jenes Merkmal dabei anzutreffen sei, gelten sollten. Eine solche Bestimmung ist gleichfalls eine Selbstbeschränkung seines letzten Willens. Zwar sagt man, es müsse Jedem freistehen, die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen er die von ihm ausgehenden letztwilligen Verfügungen nur für wirksam gehalten wissen wolle, und wenn man dem Testator diese Befugniß zugestehe, warum sollte er denn nicht auch in Beziehung auf künftig erst mögliche Verfügungen dergleichen Anordnungen wirklich treffen können? Man sollte meinen, dies sei vielmehr zu begünstigen, indem hierin ein Fingerzeig liegen könne, er fürchte, daß er durch Zudringlichkeiten zur Aenderung seines gegenwärtigen letzten Willens bestimmt werden möge [7]). Allein diese Befugniß ist nicht in Frage; wenn der Testator sich darnach richtet, so geht das Niemanden etwas an. Die Frage ist, ob er sich danach richten muß, ob er selbst sich ein Gesetz vorschreiben kann, wodurch er an seine Erklärung absolut gebunden ist, und ob nicht lediglich sein letzter Wille gelten muß. Die Römer dachten darüber anders als manche Neuere ([7]). Marcianus sagt: „Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti fuerint; nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant [8]).“ Diese Stelle ist wegen anderer Stellen [9]) den Auslegern zweifelhaft gewesen, indeß neigen bessere Ausleger schließlich dahin, den römischen Juristen die Meinung zuzuschreiben, daß eine Vorschrift des Testators über die Form eines künftigen letzten Willens ihn nicht binde und auf die Rechtsbeständigkeit des in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichteten späteren letzten Willens keinen Einfluß habe [10]). — Die Redaktoren des Landrechts hatten diese Frage nicht berührt. Das Breslauer Pupillen-Kollegium hatte Zweifel über die Gültigkeit der Kodizille, welche nicht gerichtlich deponirt worden, deren Gültigkeit aber der Testator in seinem gerichtlich deponirten Testamente verordnet hat. Das Gutachten der Gesetz-

7) Mühlenbruch a. a. O. S. 202. — Voet. ad Pand. L. XXVIII, lit. 3, §. 10, verb.: „Ex hisce vero“.

8) L. 6, §. 2 D. de jure codicillorum (XXIX, 7). Vergl. L. 89 pr. D. de leg. II.

9) L. 12, §. 3, L. 14 pr. D. de leg. I; L. 22 pr. D. de legatis III.

10) Mühlenbruch a. a. O. S. 207. — Ant. Faber, Error. pragm. Dec. XXXVII, err. 9, nr. 2.

kommission stimmte für die Gültigkeit und daraus ist der erste Absatz des Anhangsparagraphen 35 (zu §. 163, I, 12) entstanden, was hier weiter nicht interessirt. Das Hofreskript, wodurch das Rechtsgutachten approbirt wurde, fügte den Zusatz bei, daß die Entscheidung der Frage: ob das Kodizill oder der Nachzettel, außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators, von demselben nach dessen ganzen Inhalte eigenhändig geschrieben sein müsse, davon abhängig bleibe: ob im Testamente disponirt worden, daß zur Gültigkeit des Kodizills oder des Nachzettels dieses Requisitum erforderlich sein solle, wie denn überhaupt in Ansehung solcher Kodizille oder Nachzettel, wenn sie gültig sein sollten, alle im Testamente wegen derselben vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet sein müßten[11]). Hieraus ist der zweite Absatz jenes §. 35 entstanden, welcher lautet: „Ob dergleichen Kodizille außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators noch mit anderen Erfordernissen versehen sein müssen, hängt von den Bestimmungen ab, welche das Testament des Erblassers dieserhalb enthält.“ Hiernach ist der Testator an seine Vorschriften über die Form und Erfordernisse der Nachzettel gebunden, so lange er dieselben in der ordentlichen Form der Testamente (gerichtlich) nicht zurückgenommen oder abgeändert hat, was ihm unbenommen ist.

b) Eine weitere Frage ist: ob die Unwiderruflichkeit eines Testamentes vertragsmäßig mit rechtlicher Wirkung festgestellt werden könne. Daß dies nach römischem Rechte unmöglich sei, darüber findet sich keine Meinungsverschiedenheit, denn es ist ein feststehender Grundsatz desselben: „nemo — sibi potest legem dicere, ne a priore (voluntate) recedere ei liceat[12]).“ Und in der That widerspricht das Gegentheil der rechtlichen Natur des Testamentes als eines letzten Willens. Allein nach den Grundsätzen des deutschen Rechts hält man die Bejahung der Frage da, wo Erbverträge zulässig sind, für unbedenklich. Dadurch hört jedoch das Testament auf, Testament zu sein, und wird ein Vertrag. Dies wird auch von einer großen Anzahl der bedeutendsten Rechtsgelehrten angenommen. „Quemadmodum,“ sagt Kind[13]), „igitur pacta successoria omnis

---

11) R. vom 3. November 1800 (Neues Arch. Bd. I, S. 402; Rabe, Samml. Bd. VI, S. 341).

12) L. 22 pr. D. de legatis III.

13) Quaestiones forenses, T. I, cap. 59, u. Note 9 der 2. A. — M. s. auch: Mevius, ad jus Lub., L. II, tit. 1, ad Rubr. nr. 110. — Ad. Struve, Synt. juris civil., exerc. XXX, th. 19, u. exerc. XXXVIII, th. 48. — Sam. Stryk, Cautel. testam., cap. XXIV, §§. 13, 15, 16. Id., Us. mod. Pand.,

generis apud Germanos licita sunt, ita quoque pactum, quo testator juri conditum testamentum immutandi ac per posterius rumpendi renunciavit, ex moribus Germanorum haud illicitum est, atque vim obligandi tribuit, adeo, ut testamentum, invitis iis, quibus ex pacto jus natum est, mutari nequeat.“ Dergleichen Pakta sind der Hauptsache nach als wahre Erbverträge zu betrachten und es versteht sich daher auch von selbst, daß, wenn für Erbverträge gewisse Formen vorgeschrieben sind, diese auch bei den pactis de non mutando vel revocando testamento beobachtet werden müssen [14]. So war der Stand des Gemeinen Rechts zur Zeit der Abfassung des Allgemeinen Landrechts.

Im A. L.R. ist die Frage geradezu nicht berührt, aber die Zulässigkeit des Verzichts auf den Widerruf ist nicht zu bezweifeln (s. unten §. 77), auch ausdrücklich im Prinzip anerkannt bei den wechselseitigen Testamenten der Eheleute: „Wechselseitige Testamente, worin beide Theile sich des Widerrufs ausdrücklich begeben haben, sind als Erbverträge anzusehen [15].“ Beide Theile sollen sich des Widerrufs begeben haben, dann soll das Testament als Erbvertrag angesehen werden. Man könnte also denken, wenn nur der eine Theil sich des Rechts zum Widerruf begäbe und dieses der andere Theil acceptirte, ohne seinerseits gleichfalls auf den Widerruf zu verzichten, alsdann für diesen kein vertragsmäßiges Recht gegründet worden sei. Das ist jedoch nicht anzunehmen; es giebt keinen Rechtsgrund, welcher der Verbindlichkeit der von dem einen Theile dem Anderen gegenüber abgegebenen und von diesem acceptirten Erklärung entgegengestellt werden könnte. Ein solches Testament ist auf der einen Seite ein einseitiger Erbeinsetzungsvertrag, und auf der anderen Seite ein bloßes Testament; wird dasselbe von dieser Seite widerrufen, so bleibt es nur als einseitiger Erbeinsetzungsvertrag stehen. Ist es den Eheleuten gestattet, von Anfang einen einseitigen Erbeinsetzungsvertrag zum Besten des einen Ehetheils zu schließen, woran Niemand zweifelt, und ist es überdies allgemein gestattet, wechselseitige Erbverträge zu schließen, worin nur der eine Theil sich des Widerrufes begiebt, der andere sich aber denselben vorbehalten

---

Lib. XXVIII, tit. 3, §§. 3, 4. — Leyser, Med. ad Pand. sp. 43, m. 6, 7; sp. 352, m. 6 u. sp. 359, m. 8. — Böhmer, Introd. in jus Digest. L. XXVIII, tit. 3, §. 10. — Hellfeld, Jurispr. §. 1428. — Mühlenbruch a. a. O. §. 209.

14) Kind l. c. — Mühlenbruch a. a. O. S. 211, Note 62.

15) II, 1, §. 494.

darf[15a]); so kann dies auch nicht in der Form eines Testamentes in der angegebenen Weise unerlaubt sein. Aus dem Ausdrucke im §. 494 ist ein Verbot nicht zu nehmen, dieses müßte geradezu ausgesprochen sein, auch läßt sich die nicht korrekte Fassung mit Wahrscheinlichkeit auf ihren Ursprung zurückführen. Leyser sagt in seinem allegirten specimen 43 ([13]): „Tale enim pactum, cum nihil inhonesti contineat, jure Germanico — utique valebit. Agnoscit hoc nobiscum Brunnemannus ad L. 22 de legatis 3, Nr. 9, agnoscunt idem Strykius in Cautel. testamentorum c. 24, §. 23 et Schilterius Exerc. ad D. 39, §. 58, atque conjugibus, qui reciproca testamenta condunt, hanc utilissimam cautionem praescribunt, ut invicem sibi stipulentur, se omnia in testamentis suis contenta irrevocabiliter servare velle.“ Augenscheinlich wollen diese Schriftsteller daraus keine Bedingung der Gültigkeit der Stipulation machen, daß beide Theile invicem sich Unwiderruflichkeit versprechen lassen, und so ist auch der Ausdruck des §. 494 aufzufassen. — Das Prinzip ist hiernach im Allg. Landrecht anerkannt. Wie dasselbe aber unter anderen Personen als Eheleuten zur praktischen Anwendung gebracht werden soll, ist nicht so leicht gesagt. In der Testamentsurkunde selbst kann das Paktum mit dem anderen Theile nicht abgeschlossen werden, weil nur Eheleute in einer gemeinschaftlichen Urkunde letztwillige Erklärungen niederlegen dürfen; und auch vom Standpunkte des Gemeinen Rechts wird behauptet: „in ipso testamento celebrari hoc pactum nefas[16].“ Von dieser Seite wird daher gerathen, den Vertrag vor Errichtung des Testaments, oder erst nach demselben einzugehen. Auf welche Weise aber die Ausführung gesichert werden soll, ist nach preußischem Rechte nicht wohl anzugeben. Der Testator kann sein bei Gericht deponirtes Testament, trotz eines solchen Pakts, nach Gefallen wieder zurücknehmen und vernichten, wie soll nach seinem Tode der Inhalt desselben und daß es formgemäß errichtet worden, zumal wenn es ein mündliches war, bewiesen werden? Das mündlich zu Protokoll gegebene Testament ist mit der Zurücknahme und Vernichtung spurlos verschwunden und die Gerichtspersonen sind nach Jahren nicht mehr vorhanden oder wissen von dem Inhalte gar nichts mehr. Ein solches Paktum ist völlig unpraktisch, es führt nur zu Verwirrungen und erfolglosen Prozessen. Mir ist auch in meiner

15a) I, 12, §. 639.

16) Kind l. c. Zu vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 212.

langjährigen Praxis kein Fall desselben vorgekommen. Die preußische Testamentsform hindert, den Inhalt eines Testamentes zum Gegenstande eines Vertrages zu machen, weil dieser Inhalt unbekannt ist, und mit dem Paktum selbst schlechterdings nicht in Verbindung gebracht werden kann. Möglich wäre es, daß der Testator sein s. g. Testament mündlich zu Protokoll erklärte, sich darin des Widerrufs begäbe, und das andere Vertragssubjekt, Erben oder Vermächtnißnehmer sistirte, damit dieses in derselben Urkunde seine Acceptation erklärte. Aber dieser Akt würde ein förmlicher Erbvertrag sein, welcher eine dem entsprechende Aufschrift nach der Versiegelung erhalten müßte, damit der Erblasser denselben nicht einseitig zurücknehmen und vernichten könnte.

c) Eine dritte gemeinrechtlich ebenfalls nicht ausgemachte Frage betrifft den einseitigen Widerruf der wechselseitigen Testamente (s. g. testamenta reciproca). Darüber ist das Erforderliche schon oben, §. 64, vorgetragen.

2. Der Widerruf eines Testamentes besteht in der Willenserklärung des Testators, daß das Testament fortan außer Kraft gesetzt werde, und kann in Form ausgesprochener oder geschriebener Worte, oder durch gleichbedeutende Handlungen geschehen. Die erstere Aufhebungsart heißt verbalis revocatio, die andere realis revocatio.

a) Bloßer Widerruf durch Worte allein ist nach römischem Rechte keine Aufhebungsart eines formell errichteten Testamentes, weil nach der Rechtsregel: codicillis hereditas adimi non potest[17]), durch eine Erklärung von Todes wegen, der das caput et fundamentum des Testamentes (eine Erbeseinsetzung) fehlte, eine bestehende Erbeseinsetzung nicht aufgehoben werden konnte. Dazu war die Errichtung eines neuen Testamentes erforderlich. Man[18]) betrachtet dies nur als eine Folgerung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes: nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; doch bezieht sich derselbe ursprünglich nur auf obligatorische und Besitz-Verhältnisse, nicht auf letztwillige Verordnungen; und es ist wohl juristisch richtiger, den Satz als eine Folge aus der rechtlichen Natur des römischen Testamentes anzusehen. Der Theil der römischen Rechts- und Kontroversen-Geschichte, welche sich auf die Wiederaufhebung eines Testamentes bezieht, ist

17) L. 27, §. 1 D. de condit. instit. (XXVIII, 7); — L. 4 C. de his quae ut indignis (VI, 35): „hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi verbis directis non potuit.“

18) So auch Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXVIII, S. 251 ff.

lang und verworren, und dazu für unser Recht nicht lehrreich. Für unsern Zweck genügt es, die letzte Verordnung Justinians vorzuführen, um die Aeußerungen der Verfasser des Landrechts über das Fallenlassen des römischen Rechts in dieser Materie zu verstehen. Justinian fand eine Verordnung seines Vorgängers Honorius vor, wonach ein Testament von selbst seine Wirksamkeit verlieren sollte, sobald es zehn Jahre alt geworden. Als Hauptgrund wird angegeben, daß nach Ablauf von zehn Jahren vielleicht kein einziger Testamentszeuge mehr vorhanden, mithin es an Mitteln fehlen würde, die Echtheit und den Inhalt des Testaments gehörig festzustellen [19]. Justinian hob dies wieder auf und verordnete wie folgt: „Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum, et post ejus confectionem decennium perfluxerit, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas testatoris apparuerit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibeatur? quemadmodum enim qui testamentum fecit, et nihil voluit contrarium, intestatus efficiatur? Si autem in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso jure prius tollitur testamentum. Sin autem testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit emensum, tunc irritum est testamentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Aliter enim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super hujusmodi testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis. Dat. XV. Kalend. April. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC. Conss. (530) [20].“ — Nach der gewöhnlichen Auffassung dieser Verordnung ist darin vorgeschrieben, daß ein Testament weder allein durch den Verlauf von zehn Jahren, noch allein durch den veränderten Willen des Testators außer Kraft trete, sondern daß entweder nur a) durch ein neues Testament, oder b) durch einen Widerruf vor wenigstens drei tüchtigen Zeugen oder ohne Zeugen zum gerichtlichen Protokolle, und zwar in Verbindung mit dem Verlaufe von zehn

19) L. 6 C. Theod. de testamentis et codicillis (IV, 4).
20) L. 27 C. de testamentis (VI, 23).

Jahren, seine Wirksamkeit verliere. Daran knüpfen sich jedoch viele Kontroversen[21].

Das Allg. Landrecht geht darauf nicht ein, sondern verordnet: „In der Regel kann Jemand nur auf eben die Art, wie er testiren kann, auch die einmal errichtete Disposition widerrufen[22].“ Suarez sagt hierüber: diese Vorschrift stimme mit der Lehre des R. R. überein, nur mache letzteres eine Ausnahme, wenn von Zeit des errichteten Testaments[23]) zehn Jahre verflossen sind, und läßt alsdann einen Widerruf coram tribus testibus zu[24]. Daß die Vorschrift keineswegs mit dem R. R. übereinstimme, zeigt eine oberflächliche Vergleichung mit der vorhergehenden Darstellung. Das ist jedoch für das praktisch gültige Recht gleichgültig, uns kommt es nur darauf an, festzustellen, was unter „eben der Art, wie er testiren kann“, zu verstehen sei. Man könnte denken, es seien beide ordentliche Testamentsformen anwendbar: die mündliche zum gerichtlichen Protokolle vor gehörig besetztem Gerichte, Versiegelung und Deponirung; und ein versiegelt dem Gerichte übergebener Privataufsatz mit Beobachtung der Förmlichkeiten bei der Abnahme desselben. Das ist jedoch nicht gemeint und kommt auch nicht vor; die Vorschrift will sagen: der bloße Widerruf, soll er wirksam sein, muß vor einem gehörig besetzten Gerichte von dem Testator in Person mündlich zu Protokoll erklärt werden, und bei der Aufnahme der Erklärung hat der Richter mit derselben Vorsicht zu verfahren, welche ihm bei der Aufnahme eines mündlichen Testamentes zur Pflicht gemacht ist; auch hat er die Vorschriften wegen Zuziehung von Dolmetschern zu beobachten, wenn die Gerichtspersonen die Sprache des Testators nicht verstehen; die notarielle Form ist unzulässig[25]. Mit dem Momente, wo das Protokoll von dem Testator und den Gerichtspersonen in derselben Weise, wie es für das Protokoll über ein mündliches Testament vorgeschrieben, vollzogen worden, ist die Kraft des Testamentes erloschen; der Zurückgabe des Testamentes bedarf es zur Wirksamkeit des Widerrufes nicht. Das Protokoll bleibt bei den Gerichtsakten und wird für den Testator auf Verlangen ausgefertigt. — Diese Form des Widerrufs muß auch beobachtet werden

---

21) Darüber s. m. besonders: Mühlenbruch a. a. O., S. 275 u. flg.

22) I, 12, §. 587.

23) Der Anfangspunkt ist auch streitig. Die Einen rechnen von Errichtung des Testamentes, die Anderen vom Tage des Widerrufs.

24) Schlußvorträge, in den Jahrbüchern, Bd. XLI, S. 83.

25) Erk. des Obertr. vom 3. Februar 1844 (Schles. Arch. Bd. V, S. 239).

bei dem Widerrufe eines unter den gesetzmäßigen Erfordernissen einmal errichteten privilegirten Testamentes, wenn der Widerruf unter Umständen geschieht, wo das Privilegium nicht mehr Anwendung findet [26]).

Von dieser ordentlichen Form des Widerrufs finden folgende Ausnahmen statt:

α) Wenn der Testator zur Zeit des Widerrufs sich in Umständen befindet, unter welchen er eine privilegirte Disposition errichten könnte, kann er mit eben den Erfordernissen, wie sie die privilegirte Disposition verlangt, auch eine vorher förmlich und gerichtlich errichtete Verordnung widerrufen; doch dauern die Wirkungen eines solchen Widerrufes in privilegirter Form nur so lange, wie die Gültigkeit eines unter gleichen Umständen errichteten privilegirten Testamentes dauern würde [27]). Diese Bestimmung weicht in zwei Beziehungen von dem römischen Rechte erheblich ab. Erstlich darin, daß alle diejenigen, welche privilegirte Testamente machen können, auch in eben dieser privilegirten Form widerrufen können [28]), wogegen nach römischem Rechte nur der Soldat dieses Privilegium hat [29]). Zweitens ist die Bestimmung darin unlogisch, daß der Widerruf durch Ablauf einer gewissen Zeit wieder erlöschen, folglich das von Anfang rechtsgültig umgestoßene (rumpirte) Testament ipso jure wieder zu Kräften kommen soll, was nach römischem Rechte nicht denkbar ist und gegen den eigenen Grundsatz des Landrechts über die Nichtigkeit und die Konvalescenz nichtiger Rechtsakte verstößt.

β) Wenn der Widerruf eine Kodizillardisposition, namentlich ein bloßes Vermächtniß betrifft. Hierbei ist gemeinrechtlich streitig: ob der Widerruf ebenfalls nach der Justinian'schen Vorschrift vor wenigstens drei Zeugen oder zum gerichtlichen Protokolle erklärt werden und der Ablauf von zehn Jahren hinzutreten, oder ob die ordentliche Kodizillarform mit Zuziehung von fünf Zeugen beobachtet werden müsse, oder ob der formlos ausgesprochene und bewiesene Wille des Testators genüge [30]). Das Landrecht macht hierüber selbstständig neues Recht, ohne auf eine dieser Meinungen einzugehen.

---

26) A. L.R. I, 12, §. 589. — Vergl. L. 34, §. 1 D. de test. mil. (XXIX, 1).

27) Ebenda §§. 588, 590.

28) Dieses behauptet zwar Westphal, von Testamenten, §. 917; die Behauptung ist aber nicht gegründet.

29) L. 34, §. 3 D. de test. milit. (XXIX, 1).

30) Darüber ausführlich: Mühlenbruch a. a. O. S. 320 u. flg. — Vergl. Cocceji, Jus controv. Lib. XXXIV, tit. 4, qu. 1.

αα) Wenn bloße, in einer förmlich gerichtlich errichteten Disposition ausgesetzte Vermächtnisse widerrufen werden sollen, so kann dies in einer von nachbezeichneten Formen geschehen:

entweder in einer vor einem Notario und zweien Zeugen abgegebenen Erklärung;

oder in einem außergerichtlichen, aber von dem Testator eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Aufsatze;

oder in einem außergerichtlichen Aufsatze, der von dem Erblasser zwar nur unterzeichnet, in welchem aber zugleich der Bewegungsgrund des Widerrufs angegeben ist, wenn dieser demnächst bewiesen wird [31].

ββ) Wenn es sich um den Widerruf einer außergerichtlichen Verordnung handelt, so „kann der Inhalt derselben durch bloße entgegengesetzte Willenserklärungen widerrufen werden, sobald über dergleichen Erklärung des Erblassers nur ein in gewöhnlichen Fällen hinreichender Beweis geführt werden kann", nur „bloße Vermuthungen, daß der Testator seinen Willen habe ändern wollen, verdienen keine Rücksicht" [32]. Von einer Form ist keine Rede, es genügt daher eine bestimmte mündliche Erklärung. Aber der Beweis muß hiernach vollständig geführt werden, eine Ergänzung des mangelhaften Beweises durch Eid ist damit ausgeschlossen, Vermuthungen (praesumptiones ad hominem) kommen nicht in Betracht.

b) Eine Realrevokation ist in folgenden Handlungen enthalten:

aa) Errichtung eines neuen Testamentes oder eines Erbvertrages [32a]. Nach römischem Rechte hebt ein späteres Testament (testamentum ultimum, tabulae supremae, supremum judicium, suprema voluntas) das frühere ipso jure auf, ohne daß es eines ausdrücklichen Widerrufs in jenem bedarf. „Si perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso jure prius tollitur [33]." Das war nach römischen Rechtsgrundsätzen eine rechtliche Nothwendigkeit, weil die Erbeseinsetzung immer auf das Ganze ging, folglich die spätere Einsetzung die frühere gänzlich verdrängte. Das Allg. Landrecht muß bei der Verwerfung dieses Rechtsgrundsatzes von dem römischen Rechte abweichen. Zwar verlangt dasselbe

---

31) A. L.R. I, 12, §§. 593—595.

32) Ebenda §§. 597, 598.

32a) Erk. des Obertr. vom 1. Februar 1799 (Matthis, Bd. III, S. 175).

33) L. 27 C de testamentis (VI, 23). — §. 2 Inst. quibus mod. testam. infirm. (II, 17); Gajus, Inst. II, §. 144; Ulpian., Fragm. XXIII, §. 2.

keinen ausdrücklichen Widerruf des früheren Testamentes in dem späteren, wie es einige andere Partikulargesetzgebungen thun[34]), aber es stellt die Sache auf die Thatsachenfrage: ob die erste Erbeseinsetzung abgeändert worden, und macht dann daraus eine Willensfrage. „Wird ein neues Testament übergeben, und daran die im vorigen enthaltene Erbeseinsetzung abgeändert, so verliert das frühere Testament seine Gültigkeit. — Es fallen daher auch die in dem früheren Testamente ausgesetzten Vermächtnisse weg; in sofern dieselben nicht in dem späteren ausdrücklich wiederholt oder bestätigt sind; die dem früheren Testamente beigefügte sog. Kodizillarklausel ist aber hierbei ganz wirkungslos. — Hat aber der Testator in dem späteren Testamente deutlich erklärt, daß auch die Erbeseinsetzung des früheren bei Kräften bleiben, und also der später eingesetzte Erbe nur zugleich mit dem früher benannten sein Erbe sein sollte: so bestehen auch die Legate aus dem früheren Testamente, in sofern selbige durch das spätere nicht ausdrücklich aufgehoben sind[35]).“ Was unter der Abänderung der früheren Erbeseinsetzung zu verstehen, ist schon oben, im §. 21, vorgetragen, daher darauf zurückgewiesen werden kann. Dort ist auch bereits über die Folgen der Ungültigkeit des späteren Testamentes gehandelt. Nachzutragen ist hier noch, welche Wirkung im Falle der Ungültigkeit desselben der darin enthaltene ausdrückliche Widerruf des früheren Testamentes, oder der Mangel eines solchen Widerrufs habe.

Man streitet darüber: ob nicht durch den beigefügten Widerruf das frühere Testament aufgehoben sei, wenn auch das spätere Testament nicht zu Recht bestehen könne. Dieser Frage wird nach gemeinrechtlichen Prinzipien verneint, weil einem Testamente, welches nicht nach dem Willen des Testators bestehen kann, überall keine Wirkungen zugeschrieben werden dürften[36]). Das beruhet jedoch darauf, daß nach römischem Rechte durch bloßen wörtlichen Widerruf allein ein Testament nicht umgestoßen werden kann, woraus denn folgt, daß, wenn das neue Testament als solches null ist, der übrig blei-

34) Z. B. Frankf. Reformat. Th. IV, Tit. 7, §. 2; Code civil. Art. 1036.

35) I, 12, §§. 572—574 u. §. 576.

36) Mühlenbruch a. a. O. S. 336, Note 20 a. E., auf Grund des §. 7 Inst. quibus modis testam. infirm. (II, 17): „Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere: usque adeo, ut et si quis post factum prius testamentum posterius facere coeperit, et aut mortalitate praeventus, aut quia eum ejus rei poenituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.“

bende Widerruf gar keine Wirkung hat. Das Landrecht hat jenen römischen Rechtssatz nicht aufgenommen und steht daher zur vorliegenden Frage anders. Sind in dem späteren Testamente, welches als ein unvollkommenes nicht bestehen und daher das frühere auch nicht rumpiren kann, die Erfordernisse eines gültigen Widerrufes anzutreffen, so ist das frühere doch ungültig [37]).

Die andere Frage ist: ob der Mangel des ausdrücklichen Widerrufes nicht die Folge habe, daß das frühere Testament wieder gültig werde, wenn das spätere seine Wirksamkeit verliert, z. B. rumpirt oder destitut wird. Nach dem römischen Rechte ist dies unbedingt zu verneinen. „Posteriori testamento superius rumpitur, nec interest, an exstiterit aliquis heres ex eo, an non exstiterit [38]).“ Diesen Rechtssatz hat das Landrecht aufgenommen: „Außer dem Falle, wo der Testator in der irrigen Meinung, der in dem früheren Testamente eingesetzte Erbe sei verstorben, ein neues Testament macht (welches wegen dieses Irrthums von Anfang nichtig ist), — kommt das frühere Testament, welches durch ein späteres aufgehoben worden, wenn auch dieses letztere nicht bestehen kann, dennoch nicht wieder zu Kräften, sondern es findet die gesetzliche Erbfolge statt [39]).“ Dabei versteht sich, daß das spätere Testament nicht von Anfang so hinfällig sein darf, daß dabei auch nicht einmal die Erfordernisse eines gültigen Widerrufes anzutreffen sind; denn wenn es so nichtig ist, so kann dadurch das frühere Testament nicht rumpirt werden [40]). Hinsichtlich der Wirkung der freiwilligen Zurücknahme des späteren Testaments wird auf den §. 21, Nr. II, 5 zurückgewiesen.

bb) Zuwendung einer vermachten Sache durch eine spätere Verordnung an eine andere Person. „Sicut adimi legatum potest, ita et ad alium transferri, veluti hoc modo: quod Titio legavi, id Sejo do lego: „quae res in personam Titii tacitam ademtionem continet [41]).“ Nur der hervorgehobene Satz gehört hierher; das Landrecht drückt ihn so aus: „Einer ausdrücklichen Aufhebung ist es gleichzuachten, wenn der Testator eben dieselbe bestimmte Sache, welche er in dem früheren Testa-

---

37) I, 12, §§. 580, 581.

38) §. 2 Inst. quibus modis testam. infirm. (II, 17).

39) I, 12, §. 580.

40) Ebenda §. 581.

41) L. 5 D. de adimendis, vel transfer. leg. (XXXIV, 4). — Vergl. §. 1 Inst. eodem (II, 21).

mente einem Legatario vermacht hat, in dem späteren einem Anderen zuwendet[42])." Die Bedeutung dieser Rechtshandlung beruht mit der Wirkung der Errichtung eines neuen Testamentes in Betreff des früheren Testamentes auf gemeinsamem Grunde, nämlich darauf, daß es dem Eigenthümer freisteht, über einen Rechtsgegenstand einseitig so oft zu verfügen, wie er will, und daß selbstverständlich die letzte Verfügung über den nämlichen Gegenstand alle früheren ausschließt, in soweit nämlich die letzte Verfügung den Gegenstand erschöpft. Soweit dieses nicht der Fall ist, verbleibt es bei der vorhergehenden Verfügung.

cc) Physische Zerstörung einer letztwilligen Verordnung oder ihres Inhaltes. Dahin gehört:

*α*) die Zurücknahme eines gerichtlich an- oder aufgenommenen Testamentes. Gemeinrechtlich ist dieser Aufhebungsmodus streitig. Gewöhnlich verneint man die Frage: ob die Zurücknahme eines gerichtlichen Testamentes aus dem Gerichte dessen Gültigkeit ohne Weiteres und abgesehen von dem Willen des Testators vernichte[43]). Man sagt, wenn ein Testament vor einer öffentlichen Behörde, oder einer aus Mitgliedern derselben bestehenden Deputation verlautbart und eine Urkunde darüber aufgenommen ist, so habe es dadurch allein und nicht durch die Verwahrung im Archive die Bedeutung eines feierlichen letzten Willens erhalten; durch die Zurücknahme aus dem öffentlichen Archive verliere es allerdings die Kraft einer archivarischen Urkunde, seiner selbstständigen Natur als Testament könne dies aber keinen Eintrag thun. Die Aufnahme ins Archiv sei keine Testamentshandlung. — Diese Gründe gelten für das preußische Recht nicht. Nach diesem ist es ganz unbestritten eine wesentliche Bedingung der Giltigkeit des gerichtlichen Testamentes, daß die darüber errichtete Urkunde von ihrer Errichtung an bis zur Publikation in der Gewahrsam des Gerichts verbleibe und es kommt nichts darauf an, daß die gerichtliche Verwahrung nicht als Testamentshandlung gelten kann. Es kommt auch gar nichts auf den Willen und die Absicht an, welche der Testator mit der Zurücknahme verbindet. Wenn er auch will, daß das zurückempfangene Testament seine Kraft behalte, so ist dasselbe doch mit dem Augenblicke, wo er mit demselben aus der Gegenwart des Richters sich entfernt hat, vernichtet: die Zurücknahme an sich steht der physischen Zerstörung gleich, es ist

---

42) I, 12, §. 575.

43) Glück, Kommentar, Bd. XXXIV, S. 218 ff., u. Mühlenbruch, Fortsetzung dess., Bd. XXXVIII, S. 302 ff.

daher auch ganz überflüssig und bedeutungslos, mit der Zurücknahme einen Widerruf zu verbinden. Selbst wenn über die Zurückgabe kein Protokoll aufgenommen worden wäre, würde das Testament unkräftig sein, und deshalb ist es unerheblich, wenn das Protokoll nicht alle Erfordernisse eines vor gehörig besetztem Gerichte vollzogenen Akts hat. Dieses Alles ergeben die §§. 565, 566 d. T.: „§. 565. Wenn der Testator ein gerichtlich niedergelegtes Testament oder Kodizill zurücknimmt, so verliert dasselbe seine Gültigkeit. §. 566. Es macht dabei keinen Unterschied, wenngleich der zurückgenommene Aufsatz noch unentsiegelt, oder sonst unverändert, in dem Nachlasse vorgefunden wird." Ein solcher Aufsatz hat in Beziehung auf die darin enthaltenen, den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legate, auch nicht die Wirkung einer im Nachlasse vorgefundenen Privatdisposition des Erblassers. Selbst durch die in einem späteren Testamente des Erblassers, lediglich mittelst einer allgemeinen Bezugnahme auf das zurückgenommene, im Nachlasse aufbewahrte Testament, erfolgte Anordnung von Legaten können die in dem zurückgenommenen Testamente ausgesetzten Vermächtnisse rechtliche Wirksamkeit nicht erlangen [44]. „Soll ein zurückgenommenes Testament oder Kodizill anderweitig gerichtlich übergeben werden; so ist dabei alles das zu beobachten, was bei der Uebergabe eines Testamentes oder Kodizills überhaupt vorgeschrieben worden [45]." Dies ist dahin aufgefaßt worden, daß darunter diejenigen Förmlichkeiten zu verstehen sind, welche bei der ersten und ursprünglichen Errichtung eines letzten Willens, die durch die Uebergabe eines schriftlichen Aufsatzes erfolgt, zu beobachten sind. Es kann daher das wieder übergebene Testament nur als ein solcher schriftlicher „Aufsatz" nach §§. 101 ff. (welcher offen und unversiegelt übergeben wird) behandelt werden, selbst wenn es noch äußerlich in unverändertem Zustande und mit den Gerichtssiegeln verschlossen wäre; es kann also ein des Schreibens Unkundiger in dieser Weise gar nicht testiren, sondern er muß nach Vorschrift des §. 113 seinen letzten Willen jederzeit mündlich zu Protokoll erklären [46].

Eine Spezialbestimmung über die Zerstörung des Testamentes hat das Landrecht aus dem römischen Rechte aufgenommen. Dort heißt es mit Bezug auf die physische Zerstörung: „Pluribus tabulis

44) Erk. des Obertr. vom 28. Dezember 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 171).

45) A. L.R. a. a. O. §. 567.

46) Pr. des Obertr. 2172, vom 31. Dezember 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 178).

eodem exemplo scriptis, unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solenniter complevit: si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quae jure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita[47]." Und an einer anderen Stelle: „Si quis in duobus exemplaribus fecerit testamentum, et aliud exstet, aliud non exstet, tabulae exstare videntur, petique potest bonorum possessio[48]." Diesen Satz wendet das Landrecht, nicht unpassend, auf die Zurücknahme gerichtlich niedergelegter Testamente an: „Wenn ein und ebendasselbe Testament bei mehreren Gerichten niedergelegt worden, und bei einem derselben, ohne Zurücknahme, bis zum Absterben des Testators aufbewahrt geblieben ist: so bleibt dasselbe bei Kräften, wenngleich die bei den übrigen Gerichten niedergelegten Exemplare zurückgenommen wären[49]." Dies ist jedoch nicht der ganze Inhalt jener Bestimmung, denn in der ersten Stelle ([47]) heißt es weiter: „Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, et hoc probaverint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas." Also auf die Absicht des Testators soll es ankommen. Wollte er das Testament ganz vernichten, um intestatus zu sterben, so hat auch das übrig gebliebene Exemplar keine Kraft. Die vis rumpendi ist hier also der bloße Wille des Testators, denn physisch zerstört ist das Testament in mehreren Exemplaren nicht, so lange noch ein einziges Exemplar davon unversehrt vorhanden ist. Wie dies mit dem Grundsatze: „ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere[50]," zu vereinigen sei, ist nicht einleuchtend, denn der Grund, daß bei der sog. Realrevokation lediglich der Wille des Erblassers in Betracht komme, trifft hier nicht zu, weil das Testament nicht zerstört worden, vielmehr in einem vollgültigen Exemplar noch vorhanden ist. Doch kann dieses Bedenken bei unserem Zwecke auf sich beruhen, für das preußische Recht ist es entscheidend, daß dieser anstößige Theil der römischen Bestimmung nicht aufgenommen ist und daß auf die Absicht, in welcher der Testator das Testament zurückgenommen hat, gar nichts ankommt, so zwar, daß die Zurückgabe vernichtende Kraft hat, selbst wenn der Testator zur Zeit des Zurückempfanges sich in

47) L. ult. D. de his, quae in test. delent. (XXVIII, 4).

48) L. 1, §. 5 D. de bon. poss. sec. tabulas (XXXVII, 11).

49) I, 12, §. 568.

50) §. 7 Inst. quibus modis testam infirm. (II, 17).

einem nicht völlig handlungsfähigen Zustande befand. Das war bezweifelt worden. Eine Person, welche nach Errichtung eines Testamentes für Verschwender erklärt worden war, hatte in diesem Zustande der Interdiktion die Zurückgabe desselben verlangt. Das Gericht hatte Bedenken, ob es zur Herausgabe befugt sei und fragte darüber bei Hofe an. Der Bescheid lautete, daß, da die Zurücknahme eines Testamentes für den Testator gar keine präjudizirliche Handlung sei, es ganz unbedenklich erscheine, dem Prodigus sein Testament zurückzugeben [51]). Die Wirksamkeit der Zurückgabe wird also nicht in Zweifel gezogen. Die Entscheidung ist älter als das Landrecht, sie ist aber demnächst in den Anhang dazu aufgenommen, wo sie lautet: „Verlangt der Verschwender die Zurückgabe seines vor der Prodigalitätserklärung niedergelegten Testaments: so ist diesem Gesuche zu willfahren [52]).“

Da die körperliche Zurückgabe des Testamentes oder Kodizills aus dem Verwahrsam des Gerichts das Wesentliche ist, so kann dieselbe auch zu Händen eines mit gerichtlicher Vollmacht versehenen Bevollmächtigten geschehen [53]); doch sollen nur für abwesende Testatoren Spezialbevollmächtigte zugelassen werden; befindet sich der Testator an dem Orte selbst, wo das Gericht seinen Sitz hat, so muß er den Termin zur Zurückgabe in Person abwarten, oder die Rückgabe in seiner Behausung, zu eigenen Händen, durch eine Deputation nachsuchen [54]). Das Verfahren selbst ist nach der Vorschrift [55]) folgendes: Die Zurückgabe muß der Testator nachsuchen, das Gesuch kann er persönlich zum Protokolle, oder durch einen mit gewöhnlicher Vollmacht versehenen Mandatarius, oder auch schriftlich anbringen. Auf dieses Gesuch muß ein Termin zur Zurückgabe schriftlich anberaumt, und der Testator vorgeladen werden, in diesem Termine entweder in Person, oder durch einen mit gerichtlicher Spezialvollmacht versehenen Mandatarius zu erscheinen, das Testament aus den Händen des Gerichts zurückzuempfangen, und die wegen geschehener Niederlegung erhaltene Rekognition zurückzugeben, oder dieselbe zu amortisiren. Zugleich mit dieser Vorladung muß auch eine Verordnung an die Depositarien erlassen werden, in

---

51) R. vom 2. September 1793 (N. C. C. Tom IX, No. 67 de 1793, u. Rabe, Samml. Bd. II, S. 474).

52) Anh. §. 42 (zu I, 12, §. 565).

53) A. L.R. I, 12, §. 571; Ges. vom 11. Juli 1845 (G. S.S. 495).

54) A. G.O. II, 4, §. 9, Absatz 4.

55) Ebenda §. 9 u. Anh. dazu, §. 429.

dem anberaumten Termine das Testament aus der gerichtlichen Verwahrung herauszunehmen, und an das Gericht abzuliefern. Befindet sich der Testator nicht an dem Orte selbst, wo das Gericht seinen Sitz hat, d. h. in einem anderen Gerichtsbezirke außerhalb dieses Ortes, so kann das Testament auch an das Gericht jenes Ortes, wo der Testator sich aufhält, zur Aushändigung an ihn mit der Post gesendet werden. — In dem Termine muß dem Testator, wenn er erscheint, das versiegelte Testament zur Erklärung: ob es wirklich dasjenige sei, welches von ihm ehemals niedergelegt worden, vorgezeigt, ihm sodann zurückgegeben, über die ganze Verhandluug ein Protokoll aufgenommen und selbiges von dem Testator, oder seinem gerichtlichen Spezialbevollmächten, mit unterschrieben werden. — Diese Vorschriften sind alle unwesentliche: das wirklich zurückgegebene Testament bleibt nicht gültig, wenn auch keine derselben gehörig beobachtet worden ist.

Durch die bloße Zurückforderung allein, auch wenn der Testator darin zugleich ausdrücklich erklärt hat, daß er die Disposition aufheben oder abändern wolle, wird die Disposition noch nicht entkräftet, wenn nicht die Erfordernisse eines förmlichen Widerrufes (Nr. 2) dabei anzutreffen sind. Deshalb ist den Gerichten zur Pflicht gemacht, alle dergleichen, die Rückgabe eines Testamentes betreffenden Verfügungen ganz vorzüglich zu beschleunigen [56]).

$\beta$) Eigentliche Vernichtung der letztwilligen Disposition oder ihres Inhaltes. Diese kann nach preußischem Rechte mit Willen des Testators nur bei außergerichtlichen Verordnungen vorkommen; sie vollzieht sich:

$\alpha\alpha$) durch äußere Zerstörung der Urkunde, z. B. Verbrennen, Zerschneiden oder Zerreißen;

$\beta\beta$) durch Auslöschen ihres Inhaltes, etwa durch eine chemische Säure. Die betreffende Stelle lautet: „Wenn in außergerichtlichen Depositionen ein Vermächtniß ganz, oder auch nur der Name des Legatarii, die Sache oder das Quantum, welche vermacht worden, weggestrichen, ausgelöscht, oder sonst unleserlich gemacht sind: so ist das Legat für aufgehoben zu achten [57]).“ Damit ist nicht gesagt, daß nicht auch in gerichtlich deponirten Dispositionen bei deren Errichtung vorgekommene Durchstreichungen oder sonstige Tilgungen die Wirkung der Ungültigkeit haben könnten, denn es ist selbstverständlich, daß das, was sich nicht mehr im Testamente bei der Ver-

56) A. L.R. I, 12, §§. 569, 570. — A. G.O. a. a. O. §. 9 am Ende.
57) I, 12, §. 596.

fektion desselben befindet, auch nicht als in demselben angeordnet betrachtet werden kann. „Si legi non possunt, quae inconsulto deleta sunt, dicendum est, non deberi: sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum [58].“ Also selbst das, was aus Versehen unleserlich gemacht worden ist, bleibt ungültig, wenn es bei der Konsummation der Disposition (Vollziehung des Akts) dabei gelassen worden ist. Davon handelt es hier sich jedoch nicht; hier ist die Rede von den nach der Errichtung vorgekommenen Tilgungen, und diese müssen in der Absicht, die Verordnung aufzuheben, unternommen worden sein [59]. Unsere Stelle erwähnt der Absichtlichkeit nicht; daß jedoch eine von dem Testator unbeabsichtigte oder sonst zufällige Zerstörung der Disposition oder eines Theiles ihres Inhaltes der Gültigkeit nicht schade, darf aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen als unzweifelhaft angenommen werden und erhellet überdies daraus, daß die Ausmittelung des Inhaltes eines durch Zufall verlorenen Testaments oder Kodizills durch einen vollständigen Beweis zulässig erklärt ist [60]. Daß die Verfasser in diesem Punkte von den Grundsätzen des bis dahin gültig gewesenen Rechts hätten abgehen wollen, dafür läßt sich kein Grund aufweisen. Nach römischem Rechte ist es aber unbestritten, daß ein nicht mit dem Willen des Testators zerstörtes Testament oder Kodizill, vorausgesetzt, daß Dasein und Inhalt bewiesen werden kann, dem praktischen Resultat nach dennoch gilt, indem der Prätor daraus dem Testamentserben eine wirksame bonorum possessio secundum tabulas gab. „Semel autem extitisse tabulas mortuo testatore desideratur, tametsi exstare desierint: quare, etsi postea interciderunt, bonorum possessio peti poterit [61].“ — „Si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit, si quidem alius contra voluntatem testatoris inciderit, bonorum possessio peti potest. — Si rosae sint a muribus tabulae, vel linum aliter ruptum, vel vetustate putrefactum, vel situ vel casu, et sic videntur tabulae signatae — —, dicendum est, signatas tabulas exstare, quamvis vel incisa vel rosa sit pars uni [62].“ Eben so wird den Vermächtnißnehmern die Legatsklage gegeben [63].

58) L. 1, §. 2 D. de his quae in testam delent. (XXVIII, 4).

59) L. 8, §. 3, L. 2, §. 7 D. de bonor. poss. sec. tab. (XXXVII, 11); L. 2 D. de his quae in testam. delent. (XXVIII, 4); L. 30 C. de testam. (VI, 23).

60) I, 12, §§. 602, 603.

61) L. 1, §. 3 D. de bonor. poss. sec. tabulas (XXXVII, 11).

62) L. 1, §§. 10, 11 D. eodem.

63) L. 2 D. de his quae in test. delent. (XXVIII, 4).

Ueber den Beweis giebt es in Beziehung auf die vorliegende Frage keine besondere Bestimmung. Gemeinrechtlich ist man darin einverstanden, daß die Beweislast über das Vorhandensein oder Vorhandengewesensein und über den Inhalt der fraglichen Disposition, sowie darüber, daß das Verschwinden oder Zerstören ohne den Willen des Testators geschehen, demjenigen obliege, welcher durch die Vertilgung eine ihm in der fraglichen Disposition gemachte Zuwendung verlieren würde [64]). Indessen ist wohl sachgemäß, hier drei Thatsachen auseinander zu halten, nämlich: das Vorhandengewesensein im Falle des gänzlichen Verschwindens; die Theilnahmlosigkeit des Erblassers an der Vertilgung; und den Inhalt der vernichteten Verfügung. 1. Der Beweis des Daseins kann nur schwierig sein im Falle des gänzlichen Verschwindens. Die Verfügung kann möglicherweise dem Erben, dem dadurch eine Last aufgelegt wurde, in die Hände gerathen sein, der Erblasser kann sie auch selbst vertilgt haben. Daß der Vermächtnißnehmer über das Vorhandengewesensein einen vollständigen Beweis zu führen habe, ist nicht vorgeschrieben; der Beweis muß daher wie in gewöhnlichen Fällen geführt werden können. 2. Bei dem Beweise, daß der Berufene — wie es die Klassiker ausdrücken — den Willen des Erblassers für sich habe [65]), wird es wesentlich auf die konkreten Umstände des Falles ankommen, besonders, wenn positiv die Art und Weise nachgewiesen werden kann, wie der Verlust der Urkunde oder die Zerstörung des Inhaltes entstanden. Justinian hat in dieser Beziehung zur Erledigung der „controversiae veteribus juris interpretatoribus exortae" bestimmt, daß, wenn der Testator selbst der Urheber sei, die Disposition nicht gelte; wenn aber die Zerstörung durch einen Dritten oder durch Zufall geschehen, dadurch die rechtliche Wirkung der Disposition nicht aufgehoben werde [66]), wodurch denn ohne Weiteres angenommen (fingirt) ist, daß im ersten Falle der Erblasser seinen Willen geändert habe, im zweiten Falle hingegen sein Wille unverändert geblieben sei. Für das preußische Recht hat dies selbstverständlich keine unmittelbare Geltung, aber nach allgemeinen Grundsätzen über die Beweisführung werden die bezeichneten Thatsachen immer das Gewicht von Indizien für oder wider das

64) Mühlenbruch, Forts. von Glück, Bd. XXXIX, S. 105 u. die in der Note 81 u. 82 genannten Schriftsteller.

65) Z. B. L. 1, §. 8 D. si tab. testam. nullae (XXXVIII, 6): „Si heres institutus non habeat voluntatem, quia incisae sunt tabulae" etc. — Vergl. L. 11, §. 2 i. f. D. de bonor. poss. sec. tab. (XXXVII, 11).

66) L. 30 C. de testamentis (VI, 23).

Beweisthema haben und wenn der Dritte gar der Erbe oder sonst eine Person ist, welche bei der Zerstörung der Disposition ein Interesse hat, wird dieser Umstand gewiß nicht den Schluß rechtfertigen, die Zerstörung sei mit des Erblassers Willen geschehen. 3. Der Beweis des Inhalts ist die schwierigste Aufgabe des Klägers, besonders wenn die Urkunde gänzlich verschwunden ist und Zeugen dabei nicht zugezogen waren. Das Landrecht schreibt hierüber allgemein vor: „Geht ein — Kodizill durch Zufall verloren; so ist die Ausmittelung des Inhalts durch Beweis zulässig; doch wird dazu ein vollständiger Beweis erfordert, welcher durch einen Erfüllungseid nicht ergänzt werden kann [67].“ „Zufall“ heißt hier jede Begebenheit, welche ohne Willen des Erblassers den Verlust ꝛc. zur Folge hat, das Gegentheil von diesem Willen. Stellt sich heraus, daß derjenige, welcher bei dem Verschwinden der Disposition einen Vortheil hat, vorsätzlich selbst dieselbe abhanden gebracht hat, so werden die daran geknüpften nachtheiligen Folgen für ihn eintreten müssen [68].

II. Durch das Eintreten einer in dem Testamente gar nicht erwähnten Person in das Verhältniß eines Notherben des Testators wird das Testament rumpirt, und zwar, wie Einige dafür halten, durch den vermutheten Willen des Testators, daher diese hier von dem testamentum praesumtive ruptum sprechen (s. oben im Anfang), in folgenden Fällen:

1. Wenn dem Testator nach Errichtung des Testamentes ein schon bei seinem Leben konzipirtes Kind oder Enkelkind, welches, wenn es schon vor seinem Tode geboren gewesen wäre, sein unmittelbarer Notherbe gewesen sein würde, geboren wird (postumus, qui agnascendo rumpit testamentum) [69]), oder wenn ein Enkelkind erst nachher, durch den Tod seines Parens, unmittelbarer Erbe des Testators wird. Dadurch wird das Testament, nach römischem Rechte, gänzlich zerstört. „Ex rupto testamento nihil deberi, neque peti posse, explorati juris est [70]).“ Auch die Kodizillarklausel ist hier wirkungslos, was jedoch streitig ist, nur wird die Ruption dadurch, daß der Posthumus vor dem Testator wieder ver-

67) I, 12, §§. 602, 603.

68) A. G.O. I, 10, §. 120. Vergl. A. L.R. I, 5, §. 170.

69) L. 3 pr. §. 3 D. de injusto, rupto (XXVIII, 3); §. 1 Inst. quibus modis testam. infirm. (II, 17). Vergl. Gajus, Inst. II, §§. 138—143. — A. L.R. I, 1, §. 10; I, 9, §. 371.

70) L. 1 in f. C. de post. heredibus instit. (VI, 29). Vergl. L. 15 in f. D. de injusto, rupto (XXVIII, 3).

storben ist, durch den Prätor unwirksam gemacht, indem er dem eingesetzten Erben eine bonorum possessio secundum tabulas ertheilt[71]), also im praktischen Erfolge das Testament aufrecht hält.

Der Stand des preußischen Rechts ist ein wesentlich anderer. Zuvörderst scheidet der Fall, wenn ein Enkelkind erst nach der Testamentserrichtung dadurch, daß sein zwischen ihm und dem Testator stehender Parens vor dem Erblasser stirbt, ein unmittelbarer Notherbe des Testators wird, ganz aus, denn es ist bestimmt: „Ist aber ein im Testamente eingesetztes Kind vor dem Erblasser verstorben: so treten dessen Abkömmlinge ganz an seine Stelle, wenn auch ihrer im Testamente nicht ausdrücklich gedacht wäre[72])." Dagegen wird der Fall, wenn der Posthumus vor dem Erblasser wieder verstorben ist, ganz eben so behandelt wie nach prätorischem Rechte. In der Lehre vom Pflichttheile und von der Ruption des letzten Willens wird darüber nichts gesagt, nur ist stillschweigend vorausgesetzt, daß der Nachgeborene den Erbanfall erlebt habe, indem darüber Anordnung getroffen ist, was er aus der Erbschaft erhalten soll[73]). Dagegen ist des Falles im Eherechte bei den Erbverträgen der Eheleute gedacht. „So lange dergleichen gerichtliche Erklärung (wodurch Erbverträge unter Eheleuten durch gegenseitige Bewilligung wieder aufgehoben werden sollen) nicht erfolgt ist, besteht ein solcher Erbvertrag, wenngleich aus der Ehe Kinder erzeugt worden, die aber vor den Eltern wieder verstorben sind. — Sind aber bei dem Tode des einen Ehegatten Kinder oder weitere Abkömmlinge aus dieser Ehe vorhanden, und ist ihretwegen in dem Erbvertrage nichts bestimmt: so finden eben die Vorschriften statt, wie in dem Falle, wenn in einem Testamente wegen nachgeborener Kinder nichts verordnet ist. (Tit. 2, Abschnitt 5)[74])." Das Gleiche gilt unzweifelhaft auch von einseitigen letzten Willensverordnungen.

Wenn ein nachgeborner Notherbe den Erblasser überlebt, so wird das Testament gänzlich rumpirt und den Kindern die gesetzliche Erbfolge eröffnet, aber nicht sofort mit der Geburt des Posthumus, sondern erst dann, wenn der Erblasser Ein Jahr lang hat verlaufen lassen, ohne in Ansehung des Nachgeborenen etwas verfügt zu haben. Darüber ist schon oben (§. 46) das Erforderliche vorgetragen. Die vis rumpendi liegt also nicht in der postumi agnatio, sondern

71) L. 12 pr. D. eodem.
72) II, 2, §. 443.
73) Ebenda §. 455.
74) II. 1, §§. 443, 444.

sie beruhet auf dem muthmaßlichen Willen des Testators, welcher nach Verlauf eines Jahres angenommen wird. Darin kommt die Ansicht derjenigen, welche hier von testamentum praesumtive ruptum sprechen (s. im Anfange dieses Paragraphen), zur Verwendung. Der Wahrscheinlichkeitsschluß jedoch, welcher auch selbst den unumstößliche juristische Gewißheit begründenden Vermuthungen zu Grunde liegen muß, hat hier keine Wahrscheinlichkeit; denn diese wird daraus geschöpft, daß der Testator ein ganzes Jahr hat vergehen lassen, ohne etwas an seinem letzten Willen zu ändern. Soll nun grundsätzlich in Ansehung des Vermögens, welches nach Abzug des Pflichttheils übrig ist, lediglich der im Testamente erklärte letzte Wille des Erblassers bestimmend sein, so ist nicht abzusehen, woher die Wahrscheinlichkeit kommen soll, daß der Erblasser seinen Willen geändert habe, wenn er bei demselben im Bewußtsein der veränderten Umstände beharrt. Man sollte denken, je länger er dabei beharrt, desto bestimmter lege er dadurch die Absicht an den Tag, daß er es dabei bewenden lassen wolle[75]). — Daß die irrthümliche Präterition eines Notherben ganz gleiche Folgen habe, wie die postumi agnatio, ist gleichfalls schon gesagt (§. 53). Die Wirkung ist Nullität des ganzen Testaments. Dies ist ein Fall für die Anwendbarkeit der querela nullitatis einiger Neuern, wovon schon an einigen Stellen gesprochen worden ist; sie ist gut, wenn man unnöthigerweise einen nutzlosen präparatorischen Prozeß führen will, indem man über das Dasein der Nullität eine Präjudizialfrage macht; Nutzen davon hat allein die Gerichtskasse und die Advokatur. Die geeignete, auf das Endziel direkt gehende Klage ist die hereditatis petitio ab intestato ex causa rupti testamenti.

2. Wenn der Testator einen Anderen adoptirt (quasi-agnatio sui heredis). Römisches Recht ist dieses: „Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium —, omnimodo testamentum ejus rumpitur quasi-agnatione sui heredis[76]).“ — „Verum est, adoptione filii filiaeve testamentum rumpi: quoniam sui heredis agnatione solet rumpi[77]).“ Diesen Fall hat das Landrecht, auffallender Weise gegen seinen mehrmals ausgesprochenen Grundsatz über die unbeschränkte Testirfreiheit, mit Vorbehalt der Legitima, ohne alle Modifikation aufgenommen. „Hat

75) Vergl. darüber Mühlenbruch, Forts. von Glück, Bd. XXXVIII, S. 56, Note 25.

76) Gajus, Inst. II, §. 138.

77) L. 8 D. de injusto, rupto (XXVIII, 3). — Vergl. L. 18 D. eodem.

Jemand, nach errichtetem Testamente, einen Anderen förmlich an Kindesstatt angenommen, ohne wegen der Erbfolge desselben etwas verfügt zu haben; so verliert das Testament eben dadurch seine Kraft [78]." In diesem Falle soll also sofort, ipso jure, das Testament seinem ganzen Inhalte nach umgestoßen und die Intestaterbfolge eröffnet sein. Ein Grund solcher ungleichen Behandlung der quasi-agnatio postumi ist nicht findbar, auch nirgend angedeutet. An die Bestimmung, wodurch für diesen Fall das römische Recht beibehalten ist, knüpfen sich einige Bemerkungen.

a) Das vorhandene Testament wird umgestoßen, wenn der Testator einen Anderen adoptirt, „ohne wegen der Erbfolge desselben etwas verfügt zu haben." Wäre also der zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht Adoptirte in dem Testamente auf den Fall berufen, „wenn ihn der Testator adoptiren sollte", so bliebe das Testament bei Kräften. Wie steht es aber mit der für diesen Fall ausgesprochenen Enterbung der bestimmten Person? die Enterbung ist doch gewiß eine Verfügung „wegen der Erbfolge". Das römische Recht, welches hier unverändert aufgenommen, erklärt eine solche Enterbung eines Fremden für gar nicht ausgesprochen, für eine ganz bedeutungslose Handlung, welche die Ruption des Testaments nicht hindern kann, wenn der vorzeitig Enterbte demnächst durch Adoption in das Verhältniß eines Notherben zu dem Testator tritt [79]. Wie verhält es sich damit nach dem Landrechte? Das wissen wir nicht. Nach logischen Gesetzen muß man sagen: das unverändert in seinem Prinzip aufgenommene römische Recht kann nicht willkürlich zerrissen werden, die Buchstabengläubigkeit aber wird sagen: der Erblasser hat wegen der Erbfolge desselben verfügt, in diesem Falle soll nach dem Buchstaben das Testament nicht umgestoßen werden, also tritt nicht die gesetzliche Erbfolge ein, sondern der Adoptirte kann nur den Pflichttheil fordern. Das würde vermuthlich auch der Absicht der Verfasser des Landrechts entsprechen; gedacht haben sie an diese Frage nicht.

b) Nach neuerem römischen Rechte steht die Legitimation un-

---

78) I, 12, §. 456.

79) L. 132 pr. D. de verbor. oblig. (XLV, 1): „Exheredationem vel emancipationem res in extraneo ineptas." — Gajus, Inst. II, §. 140: „Nec prodest, sive haec, sive ille, qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave, nam de exheredatione ejus supervacuum videtur quaerere, cum testamenti faciendi tempore suorum heredum numero non fuerit." — Vergl. L. 8, §. 8 D. de bonor. poss. contra tabul. (XXXVII, 4); L. 23 pr. §. 1 D. de liberis et postumis (XXVIII, 2).

ehelicher Kinder der Adoption in dieser Hinsicht gleich, da auch diese nicht ordine naturali, sondern novo facto der väterlichen Gewalt des Testators unterworfen werden [80]). Das Landrecht übergeht diesen Fall der quasi-agnatio und analogisch wird sich nicht behaupten lassen, daß die Legitimation das vorhandene Testament des Vaters umstoße, zumal die desfallsige Bestimmung in Betreff der Adoption einen singulären Charakter hat. Der Legitimirte wird daher nur den Pflichttheil zu fordern haben [81]).

3. Auch andere Notherben als postumi, welche nach Errichtung des Testamentes in dieses Verhältniß zu dem Testator treten und in dem Testamente übergangen sind, können das Testament anfechten, nur ist die Frage, von welcher Art das Impugnativmittel sei. Nach preußischem Rechte kommen als solche Notherben vor: Ascendenten, z. B. in dem Falle, wenn der Testator Eltern und Kinder hat und in seinem Testamente nur die Kinder bedenkt, die aber dann vor ihm sterben; und Ehegatten in einer erst nach Errichtung des Testaments des einen Ehetheils eingegangenen Ehe. Im neueren römischen Rechte fallen die Eheleute als Notherben aus [82]); nur Ascendenten und in einem bestimmten Falle auch Geschwister erscheinen in demselben als Notherben. Hinsichtlich dieser Notherben, welche keine sui heredes sind, ist von der Ruption, sofern darunter eine ipso jure eintretende Vernichtung des ganzen Testamentes verstanden wird, gar keine Rede, ihnen steht nur eine Rescission des Testamentes durch contra tabulas bonorum possessio oder mittelst der inofficiosi querela zu [83]).

Das Allg. Landrecht erwähnt ebenfalls dieser Notherben gar nicht in der Lehre von den Folgen der Uebergehung und des erst nach der Testamentserrichtung eingetretenen Notherben-Verhältnisses (quasi-agnatio), es finden sich in Betreff ihrer nur folgende Bestimmungen:

a) in Betreff der Ascendenten:

„Auch gilt von der Befugniß der zur Ungebühr enterbten, oder übergangenen, oder im Pflichttheile belasteten Eltern, alles das, was für die gleichen Fälle, in Ansehung der Kinder, §§. 432 sqq. verordnet ist."

---

80) Vergl. L. 28, §. 1 u. L. 13 D. eodem.

81) A. L.R. II, 2, §. 603.

82) Nach älterem Rechte war die Ehefrau in strenger Ehe ein heres suus des Mannes. Gajus, Inst. II, §. 139.

83) L. 6 pr. §. 4 D. de bonorum poss. contra tab. (XXXVII, 4); L. 3 C. de inoff. testam. (III, 28).

„Nur treten in dem Falle, wenn die im Testamente eingesetzten Eltern ersten Grades vor dem Erlasser verstorben sind, deren Eltern nicht an ihre Stelle. (§. 443.)“

„Vielmehr können diese, wenn ihrer im Testamente nicht gedacht worden, nur den Pflichttheil, und auch diesen nur in sofern fordern, als bei dem Ableben des Erblassers keine vollbürtigen Geschwister, noch deren Kinder vorhanden sind [84].“

Durch den dritten Satz (§. 518) ist die Frage über die Ruption ausdrücklich entschieden, denn er bezieht sich gerade auf einen Fall der Quasiagnation und Uebergehung des erst nach der Testamentserrichtung in sein Verhältniß eingetretenen Notherben: das Testament wird nicht umgestoßen, der Uebergangene hat nur seinen Pflichttheil zu fordern, ebenso wie es das röm. Recht bestimmt. Daß dieser Grundsatz auch in dem Falle gilt, wenn der Testator ein Kind und noch den Vater hat, in seinem Testamente aber nur das Kind bedenkt und den Vater übergeht, und demnächst das Kind den Erbanfall nicht erlebt, erhellet aus dem zweiten Satz (§. 517) in Verbindung mit dem dritten.

b) In Beziehung auf Eheleute:

„Uebrigens gilt von diesem Pflichttheile alles, was von der Legitima überhaupt im folgenden Titel verordnet ist [85].“

Die Fassung dieser Bestimmung ist so allgemein, daß sie die gesammte Pflichttheilslehre umfaßt, nach dem Buchstaben könnte also wohl behauptet werden, und es ist auch wirklich behauptet worden, daß die Eingehung einer Ehe nach Errichtung eines Testamentes dieses Testament rumpire. Ein Wittwer hatte nämlich testirt und seine Kinder aus der durch den Tod getrennten Ehe zu Erben eingesetzt. Darauf verheirathete er sich wieder und starb, ohne wegen der Erbfolge der zweiten Frau etwas verfügt zu haben. Die Wittwe kam wegen ihres Erbtheils mit den eingesetzten Erben in Streit; sie behauptete, das Testament habe, gemäß der Bestimmung §. 454, Tit. 2 in Verbindung mit dem soeben angeführten §. 633 ([85]), seine Kraft verloren, weil der Erblasser nach errichtetem Testamente noch einen Notherben in ihrer Person erhalten habe, und nach Ablauf eines Jahres verstorben sei, ohne in Ansehung ihrer etwas zu verfügen. Die angerufene Bestimmung paßt jedoch auf den Fall nicht, der §. 454 sagt nur: „Werden dem Erlasser nach errichtetem Testamente Kinder, oder Enkel, die zur unmittelbaren Erbfolge

84) II, 2, §§. 516—518.

85) II, 1, §. 633.

berechtigt sind, geboren" u. s. w. Nur die Analogie der Adoption ([78]) würde geltend zu machen gewesen sein, wenn überhaupt hier analoge Anwendungen von Bestimmungen über verwandte Fälle zulässig wären, was nicht zugestanden werden darf. Denn die Klassiker stellten in der That die Eingehung einer Ehe nach Errichtung eines Testamentes der Adoption gleich: „Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium, — omnimodo testamentum ejus rumpitur quasi-agnatione sui heredis. — Idem juris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, — nam eo modo filiae loco esse incipit, et quasi sua est[86])." Sieht man nun der Sache auf den Grund, so muß jene Behauptung schlechthin verworfen werden. Die Voraussetzung jeder Ruption eines Testamentes durch Agnation oder Quasiagnation ist, daß die Person, welche nach Errichtung eines Testamentes in das Verhältniß eines Notherben zum Testator tritt, die Eigenschaft eines heres suus hat, also in die väterliche Gewalt des Testators kommen muß. Andere Notherben, welche nicht in dieses Abhängigkeitsverhältniß treten, wie Ascendenten und Geschwister, rumpiren das Testament niemals[87]), welches bedeutet, daß sie gegen das in Kraft bleibende Testament nur ihren gesetzlichen Erbtheil (die Legitima) verlangen können. Von dieser Voraussetzung weiß das Landrecht nichts, es unterscheidet denn auch nicht nach einem Prinzip diejenigen Notherben, durch deren Agnation ein Testament rumpirt wird, von jenen, durch deren Eintritt in ihr Verhältniß als Notherben solches nicht geschieht, es kennt auch den Begriff des heres suus im römischen Rechtssinne nicht, es fehlt dem Landrecht mithin der juristische Boden, auf welchem der römische Rechtsbegriff der Ruption steht. Folgerecht müßte daher die Umstoßung eines Testamentes durch nachträgliches Eintreten einer Person in die Stellung eines Notherben zum Testator gar nicht vorkommen. Inkonsequenterweise soll aber dieser Eintritt gewisser bestimmter Personen die Ruption zur Folge haben; diese Personen sind indeß zusammengeworfen aus den Notherben beider Klassen: es sind als solche Personen bezeichnet Kinder und Enkel ohne Unterschied, ob sie in der väterlichen Gewalt des

86) Gajus, Inst. §§. 139, 140. — Vergl. Ulpian., Fragm. tit. XXIII, §§. 2, 3.

87) Ulpian. l. c. §. 2: „Rumpitur testamentum mutatione, id est, si postea aliud testamentum jure factum sit. Item agnatione, id est, si suus heres agnascatur, qui neque heres institutus, neque, ut oportet, exheredatus sit." §. 3. „Agnascitur suus heres aut agnascendo, aut adoptando, aut in manum conveniendo, aut in locum sui heredis succedendo, velut nepos mortuo filio —".

Testators standen oder nicht, und Adoptirte, ebenfalls ohne diesen Unterschied; wogegen Legitimirte, wenn sie auch in der väterlichen Gewalt stehen, Ehegatten und Ascendenten nicht genannt sind. Es beruhet hier also Alles auf positiven und singulären Satzungen, und dergleichen willkürliche Vorschriften leiden keine analoge Anwendung auf andere Fälle und andere Personen. Aus diesen Gründen war die Anfechtungsklage jener Wittwe völlig unzulässig, auch ist dieselbe in allen Instanzen abgewiesen und das Obertribunal hat aus Anlaß dieser Sache folgendes Präjudiz festgestellt: „Auf den Pflichttheil, welchen ein überlebender Ehegatte aus dem Nachlasse des zuerst verstorbenen fordert, finden die allgemeinen Vorschriften vom Pflichttheile überhaupt, welche die Einforderung, Belastung und Entziehung desselben, sowie die Anrechnungen darauf betreffen, Anwendung; nicht aber die Bestimmungen über die Folgen der Uebergehung eines Kindes oder Enkels des Erblassers in der letzten Willensverordnung [88])." Unter den gemeinten Bestimmungen sind nach dem Vorgetragenen diejenigen verstanden, welche sich auf die Ruption eines Testaments durch Agnation oder Quasiagnation eines solchen Notherben, welcher kein Kind oder Enkel des Erblassers ist, beziehen, namentlich die §§. 454, 456, Tit. 2, Th. II des Allgemeinen Landrechts.

## §. 67.

### 2. Von dem testamentum irritum factum.

Die Bezeichnung: testamentum irritum, wird von den Klassikern immer nur in Verbindung mit einem Verbum gebraucht, welches den Begriff des Werdens, Gewordenseins, ausdrückt, als: irritum fit, irritum factum, in irritum constituitur, ad irritum recidit, u. dergl. [1]). Als wirkende Ursache wird angegeben irgend eine Veränderung in dem bürgerlichen Status. „Irritum fit testamentum, si testator capite diminutus fuerit [2])," und „irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contigit [3])," sagt Ulpian, worauf er Beispiele der capitis diminutio maxima folgen läßt. Diese ganze Materie gehört im heutigen Gemeinen

---

88) Pr. 944, vom 16. November 1844 (Entsch. Bd. VII, S. 1).

1) §. 5 Inst. quibus modis testam. infirm. (II, 17); L. 1 pr. D. de injusto, rupto, irrito facto (XXVIII, 3), L. 38, §. 4 D. de hered. inst. (XXVIII, 5); L. 42 D. de vulg. et pupill. (XXVIII, 6); Ulpian, Fragm. XXIII, 1, u. 6; Gajus, Inst. II, §. 146 sqq. u. v. a. Stellen. M. s. Dirksen, Manuale latinitatis, v. irritus.

2) Ulpian., Fragm. XXIII, §. 4.

3) L. 6, §. 5 D. de injusto, rupto (XXVIII, 3).

Rechte wie im preußischen zu den Rechtsantiquitäten. Es gehören jedoch hierher auch die Fälle, in welchen gewisse Personen wegen unerlaubter Handlungen zur Strafe für testirunfähig erklärt werden. In wiefern dadurch bereits errichtete Testamente ihre Gültigkeit verlieren, sowie, daß nach preußischem Rechte die Entziehung der Testamentifaktion als selbstständiges Strafmittel nicht vorkommt, ist bereits vorgetragen [4]). Zwei einzelne Fälle finden sich jedoch im preußischen Rechte, wo etwas dem Aehnliches als Folge der Bestrafung wegen gewisser bestimmter Verbrechen eintritt. Diese sind folgende:

a) Der wegen Hochverraths oder Landesverraths zum Tode oder zu lebenslänglichem Zuchthause rechtskräftig Verurtheilte verliert die Fähigkeit, über sein Vermögen unter Lebenden und von Todes wegen zu verfügen [5]). Als Grund dieser Bestimmung wird angegeben, daß die Gefährlichkeit der Verbrecher, von denen hier die Rede sei, es nothwendig mache, daß der Staat sie außer Stand setze, durch Uebertragung ihres Vermögens auf Gleichgesinnte die gegen ihn gerichteten Angriffe fortzusetzen oder doch thätig zu unterstützen [6]). Um diesen Zweck zu erreichen, hätten auch die bereits früher errichteten letztwilligen Verfügungen für ungültig erklärt werden müssen und in der That hatte der Entwurf von 1843 §. 149 zugleich die Ungültigkeit nicht nur aller nach Eröffnung der Untersuchung getroffenen Verfügungen, sondern auch der schon früher errichteten letztwilligen Verordnungen vorgeschlagen und diese Bestimmung eben auf die Besorgniß gegründet, daß die Verbrecher vielleicht durch die von ihnen vor oder nach Verübung des Verbrechens errichteten letztwilligen Verordnungen ihr Vermögen Personen zuwenden könnten, welche gleiche staatsgefährliche Gesinnungen wie sie hegten, um denselben dadurch die Mittel zu künftigen hochverrätherischen Unternehmungen zuzuwenden [7]). Der Entwurf von 1850 hatte die Vorschrift im §. 63 durch folgenden Satz wieder aufgenommen:

„Zugleich werden durch ein solches Urtheil alle früher von ihm errichteten letztwilligen Verordnungen — ungültig.“

Daß dieser Zusatz in den Kammern gestrichen wurde [8]), und daß

---

4) Oben, §. 17, II, Nr. 4.

5) Straf-Ges.-Buch §. 73, Abs. 2.

6) Bericht der II. Kammer zu §. 63 des Entwurfs.

7) Immediat-Kommission 1843, II, S. 9, 158. — Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuch Bd. II, S. 72.

8) Zusammenstellung der Abänderungs-Anträge ꝛc. §. 63, Kommissionsbericht der II. Kammer, S. 52—54; der I. Kammer S. 13.

die bereits früher errichteten letztwilligen Verordnungen nicht für ungültig erklärt sein sollen, ist bereits oben nachgewiesen [9]).

b) Das privilegirte militärische Testament verliert durch Desertion des Testators seine Gültigkeit, und diese wird durch den erhaltenen Pardon nicht wieder hergestellt [10]). Das in ordentlicher Form errichtete Testament eines Soldaten wird hierdurch nicht berührt.

## §. 68.

### 3. Von dem testamentum destitutum.

I. Destituirt (destitutum) heißt ein Testament, wenn die eingesetzten Erben und ihre etwa vorhandenen Substituten sämmtlich die Erbschaft ausschlagen, oder aus irgend einem Grunde, etwa Mangel der passiven Testamentsfähigkeit, nicht erwerben können. Ein solcher Grund kann auch die Nichterfüllung der Bedingung sein, unter welcher die Erbeseinsetzung erfolgt ist. Gemeinrechtlich führt man gewöhnlich die Destitutionsgründe auf zwei Klassen zurück: entweder der Erbe kann die Erbschaft nicht erhalten, oder er mag sie nicht haben.

1. Nicht erhalten kann der eingesetzte Erbe die Erbschaft: a) wenn er vor dem Erblasser gestorben ist, nach gemeinem Rechte auch dann, wenn er vor dem Erbschaftserwerbe mit Tode abgeht, in welchem zweiten Falle jedoch die sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis in gewissen Fällen erfolgen kann, so daß es seinem Erben noch ermöglicht wird, die Erbschaft anzutreten [1]). Dieses Mittel fällt im preußischen Rechte ganz aus und die Transmission geschieht in dem vorausgesetzten Falle, wenn der eingesetzte Erbe in der Zeit nach dem Erbanfalle und vor seiner Erklärung über die Annahme der Erbschaft stirbt, immer ipso jure [2]), weil jeder Erbe die Erbschaft ipso jure erwirbt [3]), gleich dem römischen suus heres. Ferner kann der Erbe die Erbschaft nicht erhalten, b) wenn er zur Zeit des Anfalls die Erbfähigkeit verloren hat [4]); oder c) wenn die Bedingung der Erbeseinsetzung nicht eintritt: „— — aut condi-

---

9) M. s. §. 17, III, Nr. 4, lit. c, S. 180.

10) Ges. vom 8. Juni 1860 §. 10 (G.S. S. 240).

1) L. 4 in f., L. 5 D. de bonor. poss. contra tabulas (XXXVII, 4); — L. 30 pr., L. 86 pr. D. de acquir. vel omitt. heredit. (XXIX, 2).

2) A. L.R. I, 9, §§. 370, 397.

3) Ebenda §§. 367, 368.

4) §. 4 Inst. de hered. qual. et different. (II, 19); L. 6, §. 2, L. 49, §. 1 D. de hered. instit. (XXVIII, 5). — Ebenso A. L.R. I, 12, §. 43.

tione, sub qua heres institutus est, defectus sit: — paterfamilias intestatus moritur [5])."

2. Will der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht haben, so kann er dies nach röm. Rechte ausdrücklich durch Worte oder stillschweigend durch Handlungen zu erkennen geben. „Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis judicio voluntatis [6])," wobei sich versteht, daß, wenn eine solche Erklärung wirksam sein soll, die Erbschaft bereits angefallen [7]), und, wenn sie bedingt deferirt ist, die Bedingung bereits eingetreten sein muß [8]). In diesem Punkte stimmt das preußische Recht wieder nicht mit dem römischen überein: nach jenem kann die Ausschlagung nicht durch eine stillschweigende Erklärung geschehen, der Erbe muß die Erbschaft ausdrücklich ablehnen [9]), weil er sie bereits ipso jure erworben hat, sich ihrer also wieder entledigen muß, wenn er von seinen Verbindlichkeiten als Erbe wieder befreit werden will. Der römische heres extraneus konnte von einer bereits erworbenen Erbschaft nur ausnahmsweise durch das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution wieder loskommen, wenn er einen der gewöhnlichen Restitutionsgründe für sich hatte [10]); der suus heres, mit dem der preußische Erbe in gleicher Lage ist, mußte von dem für ihn besonders eingeführten sog. beneficium abstinendi Gebrauch machen [11]). So wie der suus das Benefizium ausdrücklich anrufen mußte, so hat der mit ihm in gleicher Lage befindliche preußische Erbe positiv zu handeln und die ipso jure bereits erworbene Erbschaft ausdrücklich abzuweisen, welche Abweisung, Entsagung genannt, dann, wenn sie rechtzeitig geschehen ist, nach positiven Satzungen rückwirkende Kraft hat, so als wenn die Erbschaft niemals angefallen wäre. Gegen die Folgen der Versäumung der Entsagung giebt es keine Restitution; das beneficium abstinendi war an keine Frist gebunden. Doch kann auch nach preußischem Rechte in zwei Fällen eine still-

5) §. 2 Inst. quib. mod. test. infirm. (II, 17). — Vergl. Gajus, Inst. II, §. 144 u. A. L.R. I, 9, §. 369.

6) L. 95 D. de acquir. vel omitt. heredit. (XXIX, 2).

7) L. 13 pr. D. eodem. — Vergl. L. 4 C. de repud. vel abstin. hered. (VI, 31).

8) L. 13 pr. D. eodem, verb. „caeterum heres institutus sub conditione" etc. — Vergl. §. 2 D. ibid. u. L. 1, §. 13 D. ad Leg. Falcid. (XXXV, 2).

9) A. L.R. I, 9, §§. 398—400.

10) L. 7, §. 5 D. de minor. (IV, 4); L. 21, §§. 5, 6 D. quod metus causa (IV, 2).

11) §. 2 Inst. de heredum qual. et different. (II, 19); L. 7, §. 1 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2).

schweigende Ausschlagung der Erbschaft vorkommen, einmal, wenn der Erbe unter dem ausdrücklichen Zusatz: wenn er die Erbschaft annehmen will, berufen und dann, wenn er unter einer Potestativbedingung eingesetzt ist. Verhält er sich mit Bewußtsein passiv, d. h. erklärt er sich nicht, oder erfüllt er die Bedingung absichtlich nicht, so erwirbt er die Erbschaft nicht.

Die Destitution eines rechtsgültigen Testamentes hat nach römischen Rechte zur Folge, daß die reine Intestaterbfolge eintritt, nicht allein in Ansehung der Universalsuccession, sondern es fallen auch alle Nebenbestimmungen des Testaments, namentlich Vermächtnisse, Vormundschaftsernennungen rc. hinweg. „Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt [12].“ Das Landrecht dagegen verordnet I, 12:

§. 277. „Ist nur Ein Erbe ernannt worden, und kann oder will derselbe nicht Erbe sein: so fällt in Ermangelung eines Substituten der ganze Nachlaß an die Intestaterben.“

§. 278. „Ein Gleiches geschieht, wenn zwar mehrere Erben eingesetzt sind, diese aber insgesammt die Erbschaft nicht annehmen können oder wollen, und kein auf diesen Fall ernannter Substitut vorhanden ist.“

§. 279. „In beiden Fällen (§§. 277, 278) treten die Intestaterben nur an die Stelle der eingesetzten Erben, und müssen, gleich diesen, den Verordnungen des Erblassers in Ansehung der Vermächtnisse und sonst Genüge leisten.“

§. 280. „Nur wenn die Verordnung des Erblassers eine bloß auf die Person des eingesetzten Erben sich beziehende Handlung betrifft, kann der an seine Stelle tretende gesetzliche Erbe weder zu dieser Handlung, noch zu einer dafür zu leistenden Vergütung angehalten werden.“

Diese wesentliche Rechtsveränderung wird wie folgt gerechtfertigt: „Die allzugroße Abhängigkeit der Legate von dem Bestehen oder Fallen der Erbeseinsetzung ist geändert. Nach römischem Rechte fielen alle Legate weg, nicht nur, wenn das Testament wegen Vernachlässigung der äußeren Solennitäten nichtig war, sondern auch, wenn dasselbe wegen eines Mangels in der Erbeseinsetzung nicht aufrecht erhalten werden konnte, oder wenn es durch die Repudiation des eingesetzten Erben bei Ermangelung eines Substituti destituirt wurde; und nur unter gewissen Umständen konnten die in einem solchen Te-

---

12) L. 9 D. de testament. tutela (XXVI, 2). — Vergl. §. 2 in f. Inst. de lege Falcidia (II, 22); L. 73 pr. in f. D. eodem (XXXV, 2).

stamente verordneten Legate und Fideikommisse durch die Clausulam codicillarem konservirt werden. Inzwischen war diese Lehre, besonders in Ansehung des Testamenti destituti bisher schon streitig (cf. Cocceji in jure controv. Lib. 28, Tit. 3, qu. 14)[13]); und die darin liegende Unbilligkeit gab nicht nur zu vielerlei Edikten de bonorum possessione secundum tabulas[14]), sondern auch zur Erfindung der Clausulae codicillaris[15]) Anlaß. An sich ist auch gar kein vernünftiger Grund abzusehen, warum deswegen, weil der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht annehmen kann oder will, auch die Legatarii der von dem Testator ihnen zugedachten Vortheile verlustig gehen sollen. Es ist vielmehr der Intention des Testators, welcher den von ihm vorzüglich geliebten, und seinen Verwandten vorgezogenen Testamentserben mit dergleichen Vermächtnissen dennoch gravirt hat, völlig gemäß, daß, wenn dieser nicht Erbe wird, sondern der Nachlaß an die Intestaterben gelangt, diese noch viel mehr als jener, da sie minder geliebt sind, diese Lasten übernehmen müssen. Deswegen ist in den §§. 277—280 verordnet, daß, wenn in Ermangelung des eingesetzten Erben der Nachlaß an die Intestaterben gelangt, diese dennoch den Verordnungen des Erblassers in Ansehung der Vermächtnisse und sonst Genüge leisten sollen. Neues wird dadurch in effectu eigentlich nicht festgesetzt, weil die Clausula condicillaris schon jetzt eben die Wirkung hat, und wenn dieselbe in irgend einem Testamente wegbleibt, solches lediglich der Unwissenheit oder Sorglosigkeit des Konzipienten zuzuschreiben ist[16])." — Den Grundsätzen des Allg. Landrechts ist die vom römischen Rechte abweichende Bestimmung wohl entsprechend, hauptsächlich, weil die Kodizillarklausel als in jedem Testamente stillschweigend enthalten angesehen wird, eine Meinung, welche um die Zeit der Entstehung

---

13) Dort ist nur die Frage gestellt: an, deficiente herede, legata debeantur, si clausula codicillaris non sit addita; sie wird von Cocceji verneint, im anderen Falle bejaht: „nam heres ab intestato propter clausulam adjectam videtur rogatus, ut legata etc. praestet: modo ejus solennia adsint."

14) Diese konnte bei dem testamentum destitutum unmöglich vorkommen u. ist auch nicht vorgekommen. Wer hätte denn hier Erbe secundum tabulas mittelst der bon. poss. sein sollen? Das Testament u. die Erbeseinsetzung war durchaus gültig, der Erbe konnte oder wollte aber nicht erben, folglich konnte der Prätor auch nach seinem Edikt die B. P. nicht geben secundum tabulas.

15) Diese Klausel, deren Benennung in den Quellen nicht vorkommt, ist gar keine Erfindung, sondern die Sache ist ein Erzeugniß der Wissenschaft, wie sehr viele Rechtsgrundsätze. Vergl. L. 3 D. de testam. mil. (XXIX, 1); L. 1 D. de jure codicill. (XXIX, 7); L. 41, §. 3 D. de vulg. et pupill. (XXVIII, 6); L. 8 C. de codicillis (VI, 36); L. 11 C. de testam. manum. (VII, 2).

16) Suarez, Schlußvortr., in den Jahrbüchern, Bd. XLI, S. 80.

des Landrechts von den meisten Schriftstellern, die sich mit der Streitfrage: ob die Kodizillarklausel bei Testamenten subintelligirt werde, beschäftigten, vertreten wurde[17]). Da nun die s. g. Kodizillarklausel die Erklärung des Erblassers, gleichviel in welchen Ausdrücken gefaßt, ist, daß ein von ihm errichtetes Testament als Kodizill gelten oder ausgeführt werden solle, wenn es als Testament nicht aufrecht erhalten werden könne, oder wie sie in einem Testamente aus Justinian's Regierungszeit v. J. 552 ausgedrückt ist: „quodsi jure civili vel praetorio aut cujuslibet novellae legis interventu forsitan valere nequiverit, ab intestato vice codicillorum meorum valere volo[18]);" so ist selbst nach gemeinrechtlichen Grundsätzen, das Vorhandensein der Klausel vorausgesetzt oder angenommen, nicht zu bezweifeln, daß auch ein destituirtes Testament als Intestatkodizill ausgeführt werden muß[19]); so daß zwischen dem preußischen Rechte und nach der jetzt herrschenden Auffassung des Gemeinen Rechts in der vorliegenden Frage nur der Unterschied besteht, daß nach dem ersteren die Kodizillarklausel als im Testamente selbstverständlich enthalten angenommen wird.

II. In einer anderen Hinsicht besteht jedoch bei dem testamentum destitutum zwischen beiden Rechtssystemen eine prinzipielle Verschiedenheit. An sich steht es nämlich dem testamentarisch berufenen Erben nach römischem Rechte frei, die ihm angetragene Erbschaft auszuschlagen, ohne daß ihn, als etwanigen Intestaterben, deshalb ein Nachtheil trifft. Er kann daher, wenn er der nächste gesetzliche Erbe ist, die Erbschaft ab intestato erwerben, nur soll die Umgehung des Testamentes nicht in der Absicht geschehen, um die Vermächtnißnehmer um dasjenige zu bringen, was ihnen in dem destituirten Testamente zugedacht war. Gegen solche Ränke war ein eigenes Edikt des Prätors gerichtet, worin es hieß: „Praetor voluntates defunctorum tuetur, et eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possident, ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas; et in

---

17) Fein, in der Forts. von Glück, Bd. XLV, S. 191 und die dort in der Note 58 genannten Schriftsteller; ferner Carpzov, Jurispr. P. III, c. 4, dist. 38 u. Resp. Lib. VI, resp. 7; — Zepper, de codicillis, cap. 4, nr. 138 sqq.; Heißler, von der Wirkung der stillschweigenden Kodizillarklausel rc., in der Samml. seiner Abhandl. I.

18) Spangenberg, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. V, S. 169.

19) L. 6 pr. D. si quis omissa causa (XXIX, 4); L. 14 C. de fideicommissis (VI, 42); L. 1 C. de fideicommiss. libertat. (VII, 4).

eos actionem pollicetur[20]." Diese Klage ist die actio utilis ex testamento, mittelst welcher der Erbschaftsbesitzer nicht bloß auf Leistung der Singular-Vermächtnisse, sondern auch auf Herausgabe der Universal-Fideikommisse gezwungen werden konnte, so als wenn er die Erbschaft ex causa testamenti in Besitz genommen hätte[21]. Dieses Edikt ist durch Auslegung der Klassiker in seinen einzelnen Ausdrücken mit vielem Fleiß näher bestimmt und durch konsequente Anwendung des ihm zum Grunde liegenden Prinzips (der ratio edicti) auf Fälle ausgedehnt, welche von dem Wortlaute nicht getroffen waren. Andererseits suchte man, zur Sicherung gegen Mißdeutungen, unter Beachtung des Prinzips, die Fälle genauer zu bestimmen, auf welche das Edikt nicht anzuwenden, obgleich der Wortlaut darauf zu passen schien. Diese Arbeit hat für das preußische Recht keinen praktischen Werth, das Landrecht geht seinen eigenen Weg.

Das Allg. Landrecht schließt den Testamentserben, welcher die Erbschaft aus dem Testamente ausschlägt, geradezu, ohne jenen Umweg, von der Intestaterbfolge aus, worauf ja im praktischen Erfolge auch jene prätorische Dazwischenkunft hinausläuft. Dasselbe verordnet: „Dem in einem rechtsgültigen Testamente ernannten Erben steht es nicht frei, der Erbschaft aus dem Testamente zu entsagen, und den Nachlaß als gesetzlicher Erbe in Besitz zu nehmen[23]." Diese Bestimmung ist konsequent. — Denn nach den Grundsätzen des Allg. Landrechts kann man zwischen der testamentarischen und der Intestaterbfolge darum nicht wählen, weil nach dem oben (§. 3) nachgewiesenen Grunde des Erbrechts beide Erbrechtstitel auf gleichem Grunde, nämlich auf dem Willen des Erblassers beruhen. Daher die Ausschlagung der Erbschaft aus dem Testamente als Ablehnung der Verlassenschaft des Erblassers überhaupt aufgefaßt wird: der Erbe kann nicht seinen eigenen Willen zu seinem Erbrechtstitel machen.

## §. 69.

### D. Von der Wirkung des Vergleichs über ein beanstandetes Testament und der Durchführung der Anfechtung.

I. Im Allgemeinen ist ein zwischen verschiedenen Erbpräten-

20) L. 1 pr. D. si quis omissa causa testamenti ab intestato, vel alio modo possideat hereditatem (XXIX, 4).

21) L. 28, 29 D. eodem.

22) Dieses Erforderniß zu einem destituirten Testamente ist zutreffend aus dem röm. Rechte festgehalten, nur ein testamentum perfectum oder jure factum, ex quo heres exsistere poterit, kann destituirt werden. L. 1 D. de injusto, rupto (XXVIII, 3). Vergl. Gajus, Inst. II, §. 144; §. 2 Inst. quibus modis testam. infirm. (II, 17).

23) I, 9, §. 401. — Vergl. I, 12, §§. 641, 642; II, 1, §§. 490, 491.

denten über die streitige Gültigkeit oder den Inhalt eines Testamentes geschlossener Vergleich den dabei nicht zugezogenen Legatarien und Gläubigern nicht präjudizirlich. Ueber den hierüber geltenden Grundsatz haben die Kaiser Antonius und Verus reskribirt: „Privatis pactionibus non dubium est, non laedi jus caeterorum: quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis, vel legatariis actiones suae ademptae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent [1]." Indessen ist hinsichtlich der Anwendung dieses Grundsatzes nicht zu übersehen, daß derjenige Legatarius oder Gläubiger, welcher nach einem solchen Vergleiche ohne dessen Beachtung den Testamentserben als solchen belangt, in den Fall kommen kann, die Gültigkeit des Testamentes zu beweisen. In dieser Beziehung wollen mehrere gemeinrechtliche Juristen unterschieden wissen zwischen Testamenten, die an sich gültig sind und nur rescindirt werden können, und solchen, die schon vor Anstellung der Klage ipso jure wieder zerstört worden. Bei einem Testamente der ersten Kategorie erkläre der Intestaterbe durch den Vergleich, daß er die Rescissionsklage nicht gebrauchen oder nicht durchführen wolle und die Wirkung davon sei, daß das Testament bei Kräften, folglich der Eingesetzte Erbe bleibe, wobei denn auf den materiellen Inhalt des Vergleichs und ob der Intestaterbe darnach viel oder wenig erhalte, gar nichts ankomme. Bei den durch Klage zu rescindirenden Testamenten stehe allemal fest, wer Erbe sei; so lange die Rescission nicht erfolgt, sei es der Eingesetzte, das Recht des Intestaterben möge bezweifelt oder unbestritten sein. Nicht eben so stehe es bei nichtigen Testamenten. Werde Ungiltigkeit des Testamentes von der einen Seite behauptet, von der anderen bestritten, so stehe nichts fest, als die gegenseitigen Behauptungen. Hierauf könne ein Vergleich überall keinen direkten Einfluß haben; denn durch Privatübereinkunft könne weder ein ungültiges Testament in ein gültiges verwandelt, noch die Eigenschaft eines Erben vernichtet und auf einen Anderen übertragen werden ([1]). Da indeß dergleichen Vergleiche nicht verboten werden könnten, so müsse es eine Norm geben, um darnach das rechtliche Verhältniß dritter, nicht mit transigirender, Personen zu bestimmen. Diese sei in dreifacher Weise möglich: Entweder betrachte man das Testament als ein vollgültiges, bis das Gegentheil festgestellt sei, und dies sei

1) L. 3 pr. D. de transactionibus (II, 15).

der konsequentere Ausweg nach der Regel, daß ein faktisch bestehender Zustand als ein rechtlicher anzusehen und zu schützen sei, wenn nicht die Unrechtmäßigkeit desselben nachgewiesen werde [2]). Oder umgekehrt, man betrachte das Testament als ein nichtiges: diese Möglichkeit habe unter der Voraussetzung, daß das Recht des Testamentes bestritten sei, gar keine Gründe für sich. Oder man behandle die Transigenten wie wenn sie Miterben wären. Daß sich der dritte Weg mit der Voraussetzung eines Vergleichs über ein seiner Gültigkeit nach bestrittenes Testament vertrage, dafür lasse sich anführen, daß keines der behaupteten Rechte feststehe, das eine also das andere auch nicht überwiegen könne, sondern das Prinzip der Theilung gleichbegründeter Rechte zur Anwendung kommen müsse [3]). Dieser Ausweg sei der in den Rechtsquellen gebilligte, und nur in Ansehung der an sich gültigen, durch Klagen zu rescindirenden Testamente fänden sich die oben angegebenen Resultate anerkannt [4]). Also es wird nach römischem Rechte behauptet:

1. Bei einem zu rescindirenden Testamente (testamento inofficioso) habe ein Vergleich zwischen dem Erben und dem Querulanten auf die Rechte der Legatare und Gläubiger gar keinen Einfluß; nur der eingesetzte Erbe könne von ihnen belangt werden, möge der Vergleich enthalten was er wolle. Dies beweiset man durch die im Anfange des Paragraphen mitgetheilte Stelle (1) und durch die L. 29, §. 2 D. de inofficioso testamento (V, 2), wo es heißt: wenn der Querulant mit dem Testamentserben sich vergleiche, „tamen testamentum in suo jure manet, et ideo datae in eo libertates atque legata —— suam habent potestatem.“

2. Bei einem vor Anstellung der Klage nichtigen Testamente hat ein Vergleich zwischen dem eingesetzten Erben und dem Intestaterben die Wirkung, daß beide Theile den Legataren und Gläubigern gegenüber als Miterben behandelt werden. Dafür beruft man sich auf die L. 14 D. de transactionibus (II, 15), welche auf ein nichtiges Testament (injustum oder irritum) zu beziehen sei:

„Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta, certa lege finita est; quaero, cre-

2) L. 2, L. 21 D. de probationibus (XXII, 3); L. 4 in f. C. de edendo (II, 1). Vergl. L. 10 pr. D. de inoff. testam. (V, 2).

3) L. 4, §. 1 D. si cui plus (XXXV, 3): „Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod ejusdem nominis sint, tam in possessorem quam in petitorem competunt actiones et creditoribus et legatariis.“ — Ebenso nach A. L.R. I, 12, §§. 542, 543.

4) Mühlenbruch, in der Forts. von Glück, Bd. XXXVIII, S. 151 ff.

ditores quem convenire possunt? Respondit: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent (hier ist etwas ausgefallen; man ergänzt: id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset). Si vero alii creditores essent: propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est."

Ueber die Beziehung dieser Stelle und über deren Vereinigung mit der zu 1 gedachten L. 3 giebt es mehrfache Meinungsverschiedenheiten unter denjenigen, welche nicht unterscheiden zwischen nichtigen und denjenigen Testamenten, welche als lieblose zu rescindiren, sondern als sich von selbst verstehend voraussetzen, daß bei den einen wie bei den anderen Testamenten ein Vergleich in Beziehung auf das Verhältniß zu dritten Personen nothwendig die nämlichen rechtlichen Folgen erzeugen müsse. Die Einzelnheiten können auf sich beruhen, das Gesagte genügt unserm Zweck.

Nach dieser Uebersicht wenden wir uns zu den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts. Sie lauten:

„Haben Intestaterben mit solchen, die durch Testamente oder Verträge eingesetzt worden, sich verglichen: so werden dadurch die Rechte der Legatarien, insofern diese die Gültigkeit des Testaments oder Erbvertrags nachweisen können, nicht verändert."

„Diese können daher auch an den dem Intestaterben abgetretenen Theil des Nachlasses sich halten, wenn der Ueberrest zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht [5])."

Zunächst ergiebt sich aus dem Wortlaut, daß hier zwischen nichtigen und inoffiziösen Testamenten nicht unterschieden wird, daher die Folgen eines Vergleichs bei allen Testamenten die gleichen sind. Sodann ist es wohl nicht zu bezweifeln, daß durch den Vergleich die Rechte nicht bloß der genannten Legatarien, sondern auch die eines jeden nicht zugezogenen Dritten, insbesondere der Gläubiger, nicht verändert werden, und daß daher die Gläubiger, die hier nicht genannt sind, nicht durch den §. 441 in ihrer Wahl, an wen sie sich halten wollen, wenn die Theilnehmer sich vor Erfüllung ihrer gemeinschaftlichen Verbindlichkeit in den Nachlaß getheilt haben [6]), beschränkt werden. Zuletzt ist hervorzuheben, daß der materielle Inhalt der landrechtlichen Bestimmung das Gegentheil von dem der römischen

5) A. L.R. I. 16, §§. 440, 441.

6) I, 17, §§. 131 ff. — Vergl. I, 11, §. 461 ff.

feststellt. Nach der letzteren soll der Intestaterbe, auf Grund des Vergleichs, als Miterbe angesehen werden, „propter incertum successionis“, also wenn die Gültigkeit des Testamentes nicht bewiesen wird; denn beweist sie der Legatar, so geht es, wie die andere Stelle (¹) ausspricht, lediglich nach dem Testamente, dann fehlt das „incertum successionis“ dem Legatar oder Fideikommissar gegenüber. Das Landrecht sagt im Gegentheil: die Rechte der Legatarien bleiben unverändert, „insofern diese die Gültigkeit — nachweisen können“, und „daher“, d. h. wenn sie den Nachweis führen, können sie sich subsidiarisch auch an den dem Intestaterben abgetretenen Theil des Nachlasses halten, „wenn der Ueberrest zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht“. Führen sie also den Beweis der Gültigkeit nicht, so erhalten sie gar nichts, weder von dem Einen noch von dem Anderen. Das Landrecht hat hier seine Grundlage ganz und gar verlassen, es macht ganz neues Recht. — Dieses bezieht sich nur auf Fälle, wo ein Testament seinem ganzen Inhalte nach in seiner Gültigkeit bestritten wird, die Veränderung in der Person des eingesetzten Erben berührt die Rechte der Legatare nicht. — Die Rechte der Gläubiger sind von der Bedingung des Nachweises der Gültigkeit des Testamentes nicht abhängig, insofern sie ihre Befriedigung aus dem Nachlasse suchen: in diesem Falle ist jeder Erbschaftsbesitzer ihnen gegenüber passiv legitimirt. Aber wenn sie sich an die Person des eingesetzten Erben halten wollen, z. B. in einem Falle, wenn er den Nachlaß auf Grund des Vergleichs an den Intestaterben verabfolgt hat, und dieser damit verschwunden ist, ohne die Schulden zu bezahlen: dann müssen sie die Gültigkeit der Erbeseinsetzung beweisen.

II. Wird in Folge der Anfechtungsklage des Intestaterben gegen den eingesetzten Erben auf kontradiktorisches Verfahren [7]) das Testament durch Richterspruch für ungültig erklärt, so müssen die Vermächtnißnehmer das Erkenntniß unbedingt auch wider sich gelten

7) Wird gegen den eingesetzten Erben in contumatiam erkannt, so hat dies gegen die Legatarien keine Wirkung, weil „hoc casu non creditur jus ex sententia judicis fieri“, sondern die Nachlässigkeit des Erben den Richterspruch begründe; dessen Saumseligkeit aber Anderen nicht schaden dürfe. Die L. 14, §. 1 D. de appellat. (XLIX, 1) sagt hierüber: „Quotiens, herede non respondente, secundum adversarium sententia datur, rescriptum est, nihil nocere neque legatis, neque libertatibus: et hoc Divorum fratrum epistola continetur ad Domitianum in haec verba: Quod absente possessore, nec quoquam nomine ejus respondente pronuntiatum est, non habet rei judicatae auctoritatem, nisi adversus eum solum, qui adesse neglexerit: quare his, qui testamento libertates, vel legata, vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset judicatum, et ideo adversus eum, qui vicit, permittimus eis agere.“ — Vergl. L. 17, §. 1, L. 18 D. de inoff. testamento (V, 2).

lassen: dieses Urtheil wirkt in rem[8]). Die Hauptstelle darüber lautet:

„Si ex causa de inofficiosi cognoverit judex, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum[9]), ipso jure rescissum est, et suus heres erit, secundum quem judicatum est, et bonorum possessor, si hoc contendit: et libertates ipso jure non valent, nec legata debentur; sed soluta repetuntur, aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui obtinuit; et haec utili actione repetuntur. Fere autem, si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit repetit; et ita Divus Hadrianus et Divus Pius rescripserunt[10]).“

Daß diese Wirkung nicht eintritt, wenn der eingesetzte Erbe sich hat in contumaciam verurtheilen lassen, ist schon gesagt ([7]); sie tritt aber auch nicht ein, wenn der Eingesetzte zwar antwortet, aber die Sache so böswillig oder so nachlässig führt, daß aus dieser Ursache der Kläger gewinnt. Um den nachtheiligen Folgen davon vorzubeugen, steht es den Legatarien frei, gegen das dem Eingesetzten nachtheilige Urtheil aus eigenem Rechte zu appelliren, woran sie auch nicht durch einen zwischen den Parteien kollusorisch eingegangenen Vergleich gehindert werden[11]); sie können aber auch die Appellation unterlassen und die causa appellationis klagend bei demselben Richter geltend machen[12]); sie sind auch berechtigt, schon in erster Instanz accessorisch zu interveniren. „Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum, qui de inofficioso testamento agit, adesse etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri, constitutum est; eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronunciatum fuerit[13]);“ und weiter: „Unde damus licentiam legatario (si hoc prodesse sibi putaverit) litis participem fieri: ut ne aliquam forte negligentiam seu proditionem heredi possit objicere[14]).“ Dies bezieht sich auf eine legirte litigiose Sache.

8) Sententia quae jus facit inter omnes.

9) D. h. ohne daß appellirt worden ist, was die Legatarien thun konnten.

10) L. 8, §. 16 D. de inoff. testamento (V, 2). — Vergl. L. 28 i. f. D. eodem.

11) L. 5, §§. 1, 3, L. 14 pr. D. de appellat. (XLIX, 1). — Vergl. L. 50, §. 1 D. de legat. I.

12) L. 5, §. 2 D. de appellat.: „Idem rescripsit, legatarios causam appellationis agere posse.“ Vergl. §§. 3, 4 ibid. et L. 14 pr. D. eodem: „— — ut possint appellare; sed et agere causam apud ipsum judicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere.“

13) L. 29 pr. D. de inoff. testamento (V, 2).

14) Nov. 112, cap. 1.

Das über diese Lehre sehr wortkarge Landrecht setzt das Prinzip über die Wirkung eines gegen den eingesetzten Erben ergangenen nachtheiligen Erkenntnisses voraus, indem die einzige Bestimmung hierüber lautet:

„Die Vertheidigung des Nachlasses gegen die darauf gemachten Ansprüche kommt zwar hauptsächlich dem Erben zu; und was gegen diesen erkannt worden, das müssen die Legatarii auch gegen sich gelten lassen. — Doch steht den Legatariis frei, sich bei den die Masse betreffenden Prozessen, so weit sie ein wirkliches Interesse nachweisen können, zu melden; und gegen die der Masse nachtheiligen Erkenntnisse die gesetzmäßigen Rechtsmittel, allenfalls auch ohne Beitritt des Erben, jedoch auf ihre Kosten, zu verfolgen[15]."

Geradezu berührt die Bestimmung unsere Frage nicht, sie betrifft vielmehr die Ansprüche der Gläubiger oder Vindikanten an die Masse; denn wenn gesagt wird, daß die Legatarien gegen die der Masse nachtheiligen Erkenntnisse Rechtsmittel einlegen können, so ist damit ein Erkenntniß, wodurch auf Antrag des Intestaterben zum Nachtheil des eingesetzten Erben das Testament für ungültig erklärt wird, nicht getroffen, da dieses Erkenntniß „der Masse" nicht nachtheilig ist; es berührt nur die Person des Erben: es kann aber und es wird gewöhnlich auch die Rechte der Legatarien verändern oder gar aufheben. Die Praxis bezieht nun diese Bestimmung auch auf Rechtssprüche, welche die Frage: wer der rechte Erbe sei, feststellen[16]. Diese Rechtsanwendung muß mit großem Beifall aufgenommen werden, indem sie das lückenhafte Landrecht durchaus folgerichtig ergänzt. Sie gründet sich wesentlich auf römisches Recht, denn es heißt nach Anführung zweier Pandektenstellen[17]: Implorant könne den klagenden Gläubigern nach Gemeinem Rechte nicht den Einwand entgegensetzen, das rechtskräftige Urtel, durch welches H. v. J. für den einzigen Intestaterben seines Bruders erklärt worden, sei nicht von ihnen unmittelbar erstritten worden. Dasselbe muß auch für das preußische Recht angenommen werden, da das Verhältniß der Gläubiger und Legatarien zu dem Erben hier an sich dasselbe wie im Gemeinen Rechte, und eine, obigen Grundsätzen widersprechende Vorschrift im preußischen Rechte nicht enthalten sei. Im Gegentheil bestimme §. 298, Th. I, Tit. 12: „Die Vertheidigung des Nach-

15) I, 12, §§. 298, 299.

16) Erk. des Obertr. vom 12. Februar 1858 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 344).

17) L. 50, §. 1 D. de legat. I u. L. 3 pr. D. de pignor. (XX, 1).

lasses" u. s. w. Diese Vorschrift zeige eine Uebereinstimmung des preußischen Rechts mit dem Gemeinen in Bezug auf das rechtliche Verhältniß der Legatare zu einem, über Ansprüche an den Nachlaß entstandenen und rechtskräftig entschiedenen Prozesse, und es rechtfertige sich der Schluß, daß das preußische Recht auch rücksichtlich der Wirkungen, welche ein rechtskräftiges Erkenntniß über das Recht zur Erbfolge auf die Legatare sowohl wie auf die Gläubiger hat, von dem Gemeinen Rechte nicht abweichen wolle. — Das gegen den Erben erwirkte nachtheilige Erkenntniß macht Recht gegen die nicht zugezogenen Legatarien auch dann, wenn der Notherbe auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt hat, selbst in dem Falle, daß die Legatarien beizutragen verpflichtet sind[18]). Sie können aber auch von den Erbschaftsgläubigern nicht mit belangt werden; denn sie sind zur Theilnahme bei den Erbschaftsklagen weder aktiv noch passiv legitimirt[19]). Machen Einzelne von ihnen von ihrer Befugniß, bei einem die Masse oder einzelne Stücke betreffenden Prozesse zu interveniren oder zu appelliren[20]), Gebrauch, so nehmen sie nur, ein Jeder für sich, ihr Sonderinteresse wahr, und daher kommt das von Einem derselben gegen einen Nachlaßgläubiger erstrittene günstige Urtheil den übrigen Legataren nicht zu Gute[21]).

---

## Zweiter Abschnitt.

## Von Erbverträgen.

A.L.R. I, 12, §§. 617—656; II, 1, §§. 439—480.

Hasse, im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Jahrg. II, S. 149—218. — Beseler, die Lehre von den Erbverträgen, I. Bd. Göttingen 1837; II Bd., ebd. 1840. Dazu: Albrecht, in den kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, von Richter u. Schneider, Jahrg. 6 (Leipzig 1842), S. 321—353. — Buddeus, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IV (Leipzig 1843), S. 27—48. — Dieck, in der allg. Encyclopädie von Ersch und Gruber, Th. 40 (Leipzig 1844), S. 394—423. — Trummer, in seinem Hamburger Erbrecht, Bd. II (Hamb. 1852), S. 191—328. Dazu: Beseler, im System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. II, S. 520. — Gustav Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen. Braunschweig 1860.

---

18) Erk. des Obertr. v. 15. Febr. 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 355).

19) Vergl. Entsch. des Obertr. Bd. XV, S. 189 u. flg.

20) A. G.O. Th. I, Tit. 18, §. 10, Abs. 2 u. §. 11. — Erk. des Obertr. vom 17. Juli 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 147).

21) Erk. dess. vom 12. April 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 99).

## §. 70.
## A. Einleitung.

I. Der Erbvertrag ist die andere Form, in welcher der Erblasser seinen Willen über seine dereinstige Beerbung ausdrücklich kund geben kann. (Vergl. oben, §. 3 und 12). Der Gegenstand dieses Vertrages ist nicht etwa, wie ältere Juristen vermeinten, der künftige Nachlaß einer lebenden Person, sondern, wie seit Hasse's Durchforschung der Lehre allgemein angenommen ist, die Beerbung derselben [1]), ein Delationsgrund zur Erwerbung der Erbschaft, gleich dem Testamente. Die Verfasser des Allg. Landrechts stehen noch unter dem Einflusse der alten Auffassung, indem sie davon ausgehen, daß man Anderen durch Erbverträge „Rechte auf den künftigen Nachlaß einräumen" könne [2]); indeß ist doch durchgehends die Fassung der Bestimmungen der Art, daß sie der Fortentwickelung des Instituts nicht entgegen stehen. Dieses Institut ist ein Produkt der Wissenschaft der neueren Zeit; es hat keine Quellen in dem geschriebenen Rechte, an deren Stelle treten vielmehr die Literatur und die Literärgeschichte in Verbindung mit der Praxis. Deshalb ist es zum Verständniß der landrechtlichen Vorschriften unumgänglich, aus diesen Repräsentanten der Quellen [3]) das Wesentlichste vorauszuschicken.

Darüber ist man einig, daß das römische Recht Erbverträgen im heutigen Rechtssinne jede Rechtswirkung versagte. Indeß erblickten schon italienische Juristen, welche mit den deutschen Rechtsansichten und Gewohnheiten hinsichtlich der Vergabungen von Todes wegen nicht unbekannt blieben, einzelne Ausnahmen oder Umwege, vermöge welcher den vertragsmäßigen Vererbungen unter römischen Formen Gültigkeit zugestanden wurde, so daß die deutsche Jurisprudenz die Lehre von den Erbverträgen in einer gewissen Entwickelung von den Italienern überliefert erhielt, deren Ansichten, wie Beseler nachweist [4]), die Grundlage für die weitere Fortführung des Instituts wurden. Die Auffassung der Glossatoren ergiebt sich besonders

---

1) Hasse's Abhandlung über Erbvertrag, Kap. 1, §. 1, im rhein. Museum, Jahrg. II, S. 150.

2) A. L.R. I, 12, §. 617: „Auch durch Erbverträge kann ein Kontrahent dem andern, oder beide einander wechselseitig, Rechte auf ihren künftigen Nachlaß einräumen."

3) Eine gründliche Untersuchung und Nachweisung hat Beseler geliefert in seiner Lehre von Erbverträgen, Bd. I, §. 1 u. §§. 5, 6, welche der hier folgenden gedrängten Uebersicht zum Grunde liegt.

4) S. 120 u. flg. a. a. O.

aus der Glosse Improbatur zur L. 3 C. de collationibus (VI, 20), wenn Accursius den Inhalt richtig gegeben hat. Die Stelle lautet: „Improbatur, quia est de futura successione: quod sive sit succedendo [5]), sive de non succedendo, non valet: ut supra de pactis, L. pactum quod dotal.: et L. fin. de inoff. testam.; L. siquando §. 1; et ff. de suis et legitimis, L. fin. — Sed quid si juravit? Respondetur secundum P.(lacentinum) tenet [6]). · Sed tu dic contra, ut s. de legibus et constitut. L. non dubium i. f., et de nupt. Auth. quod eis. Item quid si cum uxore mea faciam pactum, ut ex ea nati non succedant? Dicunt quidam, ut Py. (Pillius) [7]), valere ut per L. Friderichi imperatoris, L. imperialem, §. fin. in tit. de prohib. feud. alien. per Frid. — Tu dic contra [8]), ut s. de transact., L. transactione matris. Item opponitur cum valeat pactum, ut pater filio non succedat, ut ff. si a parente quis manumissus, L. 1 §. si vel parens, quae est contra, quare non hic? Scl. non ita debetur patri filii hereditas, sicut patris filio, ut ff. de inoff. testam., L. nam etsi. Vel dic, pater per pactum admittebatur, scilicet si contracta fiducia emanciparet, sic etiam per contrarium pactum repellitur, ut instit. de legit. agn. succ. §. fin. Vel verius [9]) ibi, non vi pacti repellitur: sed quia deliquit, accipiendo pretium emancipationis: ut arg. supra, de oper. lib., L. si quam.“ Hier wird der Erbeinsetzungsvertrag wie auch der Erbverzicht für ungültig erklärt, die entgegengesetzte Ansicht des Placentinus ist indessen in Betreff des Erbverzichtes von Bonifaz VIII bestätigt worden [10]). In der Glosse zu der am Ende der vorstehenden Stelle allegirten Institutionenstelle heißt es aber einlenkend: „Contracta fiducia. Sic dicendo: jus succedendi in bonis tuis mihi reservo: vel etiam sic: emancipo te contracta fiducia,“ wo-

5) Hierzu notirt Jason Mainus: „Istud non valet: quia est contra bonos mores.“

6) Dazu vermerkt Bartolus: „et bene.“

7) Die Sigle des Pillius, sowohl in Glossen, als in den bei anderen Schriftstellern vorkommenden Citaten, ist abwechselnd Pi. u. Py. v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, Bd. IV, S. 272.

8) Hierzu ist notirt: „Et bene de jure communi, ubi non esset usus in contrarium, alias secus. Bar., P. Saly, Alexander et Jason.“

9) Hierzu ist notirt: „Istam sequitur Alexan. et Jas. licet imo reprehendat eam.“

10) Cap. 2 de pactis in 6.

durch der s. g. konservative Erbvertrag anerkannt wird. Dies beruhete jedoch auf dem Mißverständnisse, als habe sich der Vater nach dem §. 8 cit. Inst. bei der Emancipation sein Erbrecht gegen den Sohn vorbehalten können[11]). Demnächst ist es Bartolus, welcher, sich der Glosse anschließend, den ersten Versuch macht, die Lehre von den Erbverträgen in ein System zu bringen[12]). Er sagt: „Ultimo cum quaeritur, an valeat pactum de futura successione, plenius quam doctores distingue et dic: Aut fuit pactum pro jure successionis servando, aut pro jure successionis amittendo seu perdendo, aut pro jure successionis acquirendo, aut de eo, quod acquiretur per successionem certo modo disponendo." An einer anderen Stelle[13]) behandelt er nach derselben Eintheilung folgende Fragen: An valeat pactum de futura successione conservanda? Utrum valeat pactum de perdendo jure succedendi? An valeat pactum de succedendo? Utrum valeat pactum de hereditate obventura certo modo disponenda. Baldus schloß sich dem an, indem er folgende Eintheilung macht: „Quadruplex est pactum futurae successionis: scilicet conservandae, renunciandae, deferendae, et certo modo disponendae[14])." Der erste Deutsche, welcher diese Lehre der italienischen Juristen aufnahm, Zasius († 1535), behielt unter ausdrücklicher Berufung auf Bartolus dessen System bei und handelte die Lehre von den Erbverträgen unter folgenden vier Titeln ab: Cap. 1. Pactum successionis reservandae; Cap. 2. Pactum successionis amittendae, h. e. de non succedendo; Cap. 3. de pactis successionis acquirendae; Cap. 4. de pactis circa futuram successionem[15]). — Mit diesen Benennungen verband man folgende Begriffe: 1. Der konservative Erbvertrag bezweckte, das Erbrecht, welches Jemandem nach Gemeinem Rechte zustand, und ihm wegen eines Verbrechens oder durch partikularrechtliche Vorschriften (ob juris quendam rigorem), z. B. wenn ein Statut die Frauen von der Erbfolge ausschloß, genommen, zu erhalten. Durch diesen Vertrag sollte er sich sein Erbrecht wieder verschaffen können. 2. Mit der zweiten Art war der Erbverzicht (Entsagungsvertrag) ge-

11) Beseler a. a. O., S. 122; Pistoris, Obs. jur. Lib. IV, qu. 4, nr. 18.

12) Commentar. ad L. 61 D. de verbor. oblig. (XLV, 1).

13) Ad Leg. finalem C. de pactis (II, 3).

14) Im Kommentar zu derselben Stelle.

15) Comment. in Digestum novum, ad Legem Stipulatio hoc modo, 61 de verb. obl. (XLV, 1). Seine opera omnia sind zuerst herausgegeben zu Lüttich 1548, in 6 Bänden, fol., zum 3. Mal Frankfurt 1590, 4 Vol. fol.

meint. 3. Die dritte Art begriff den akquisitiven Erbvertrag, von Beseler Erbeinsetzungsvertrag genannt. 4. Mit der vierten Bezeichnung ist ein Vertrag über die Verlassenschaft eines noch lebenden Dritten gemeint [16]).

Die Nachfolger von Zasius blieben Anfangs bei dieser Eintheilung stehen, mit der Zeit wurden jedoch daran Veränderungen vorgenommen. Zuerst war es sein Zeitgenosse Hartmann Pistoris, welcher daran Anstoß nahm, daß die Verträge über die Erbschaft eines Dritten ohne Unterscheidung mit denjenigen auf gleiche Linie gestellt würden, wodurch die Paciscenten selbst sich über ihre eigene Verlassenschaft Erbrechte einräumten. Er unterschied nun hauptsächlich zwischen pacta de hereditate tertii viventis und de successione in propriis paciscentium bonis, und theilte die zweite Hauptklasse in drei Unterarten, nämlich: in pacta de successione vel hereditate conservanda, dann amittenda und acquirenda; die Bezeichnung der ersten Hauptklasse als pacta dispositiva verwarf er als unpassend [17]). Etwa 50 Jahre später findet sich bei Knipschildt [18]) eine andere oberste Eintheilung, indem er alle Erbverträge in pacta affirmativa de succedendo, vel negativa de non succedendo zerfallen läßt. Samuel Stryke theilt ein Vierteljahrhundert später die Erbverträge über die eigene Verlassenschaft der Paciscenten in vier Arten, indem er zu den drei soeben genannten noch eine vierte: die pacta de hereditate restituenda, worunter er die vertragsmäßig bestellten Fideikommisse, namentlich die Familienfideikommisse und noch andere Geschäfte versteht, hinzufügt [19]). In der Mitte des vorigen Jahrhunderts theilt Kreittmayr in seinen Anmerkungen über den Codicem Maximil. Bavar. civilem [20]) die Erbverträge nach dem Gegenstande in pacta successoria universalia und particularia, und Hebestreit führt das seit Pistoris ([17]) vergessene pactum successorium dispositivum wieder ein, aber nicht in der von Bartolus und Nachfolgern damit verbundenen Bedeutung, sondern in Beziehung auf denjenigen Dritten, welchem durch einen Vertrag, den er selbst nicht mit geschlos-

---

16) Vergl. Beseler a. a. O. S. 11.

17) Hartmann. Pistoris, Observationes singulares et quaestiones, IV Libri (zuerst Lips. 1579) Lib. IV, qu. 1.

18) Tractatus de fideicommissis familiarum nobilium (von Stammgütern), zuerst Argent. 1626, Cap. VI, nr. 38.

19) Tractatus de successione ab intestato (zuerst Francof. ad Viadr. 1669). Diss. VIII, cap. 1, §. 10 u. Cap. 9.

20) Th. III, Kap. 11, §. 1.

sen hat, ein Erbrecht zugewendet wird [21]), etwa im Sinne des Stryke'schen pactum de hereditate restituenda. „Das sind nun die Elemente, aus welchen die neueren Schriftsteller, von welchen diese Lehre behandelt ist, die Eintheilung derselben zusammengestellt haben [22]).“

II. Als die ersten, welche die Reihe dieser Schriftsteller eröffnen, erscheinen die Verfasser des Allgemeinen Landrechts, denn Runde tritt erst einige Jahre später auf. Da die Eintheilung von Bartolus auch von den deutschen Juristen, nach dem Vorgange von Zasius, im Wesentlichen beibehalten worden ist, so vergleichen wir das Allg. Landrecht mit Zasius, um festzustellen, welche Arten von Erbverträgen das Landrecht aufgenommen hat. 1. Im ersten Kapitel handelt Zasius wie Bartolus von dem pactum successionis reservandae. Darunter werden zwei Fälle begriffen: erstens der Fall, den Bartolus allein im Auge hat, nämlich: wer wegen eines begangenen Verbrechens sein Successionsrecht verlieren würde, kann es sich durch Vertrag erhalten, welcher Satz durch die L. ult. C. de revocandis donationibus (VIII, 56) begründet wird. Dieser Fall ist im Allg. Landrechte übergangen. Zweitens: wer ein Successionsrecht hat oder auf ein solches hofft, kann es sich durch Vertrag sichern. Dieser Satz wird aus §. 8 Inst. de legitima agnat. successione (III, 2) hergeleitet und dazu benutzt, um den bei den Erbverzichten der adligen Töchter gewöhnlichen Vorbehalt auf den ledigen Anfall, und eine Art der damals in Deutschland üblichen Ehestiftungen unter den Schutz des Gemeinen Rechts zu bringen, denn im Allgemeinen wird jede Erbeseinsetzung in Eheverträgen für unzulässig und wirkungslos erklärt; nur solche Veredungen, wodurch der Rückfall der Güter des einen Theils an seine Verwandten bedungen wird, werden aus jenem Gesichtspunkte anerkannt, weil darin bloß der Vorbehalt ihres Erbrechts liege [23]). Auch dieser Fall und die Beziehung sind spurlos verschwunden, weil sowohl Erbverträge unter Eheleuten wie Erbverzichte mit und ohne Vorbehalt unbedingte Geltung haben, mithin diese Art von Erbverträgen gegenstandslos geworden sind.

2. Das zweite Kapitel handelt von dem Entsagungs-

---

21) Adam. Franc. Hebestreit, vindiciae veri valoris pactorum successivorum, tam jure Romano, quam Germanico, adversus errores interpretum (Erfordiae 1768) Cap. 2.

22) Beseler a. a. O. S. 13.

23) Vergl. Beseler a. a. O. S. 127.

vertrage oder dem Erbverzicht, wobei hinsichtlich der Gültigkeit derselben unterschieden wird: ob er beschworen worden ist, oder nicht, wegen des cap. 2 de pactis in 6. Das Allgemeine Landrecht nimmt diese Art von Erbverträgen auf, ohne ihre Gültigkeit an irgend welche Bedingung oder Unterscheidung zu knüpfen [24]), eine bestimmte Benennung legt es ihnen nicht bei.

3. Das dritte Kapitel hat den akquisitiven Erbvertrag zum Gegenstande. Dieser wird, gemäß dem römischen Rechtsgrundsatze, für unzulässig erklärt, selbst wenn er beschworen, jedoch mit zwei Ausnahmen: wenn über den Erwerb nur mittelbar, in Folge eines gültigen Hauptvertrages paciscirt wird, z. B. wenn die Söhne durch den Verzicht der Töchter zur Erbschaft gelangen, auf Grund eines Arguments aus der L. 23 D. de actione emti venditi; und wenn der Vater mittelst eines Vertrages seine Erbschaft unter die Kinder vertheilt, was für eine besonders modifizirte ordinatio parentum inter liberos gehalten, woraus die Rechtsgültigkeit hergeleitet wird. Eine dritte Ausnahme, Eheverträge betreffend, ist schon unter Nr. 1 erwähnt. — Das Allg. Landrecht führt die Gültigkeit unbedingt und allgemein ein und nennt diesen Vertrag schlechthin Erbvertrag [25]). Beseler nennt ihn Erbeinsetzungsvertrag und diese Benennung werde ich beibehalten. — Das Landrecht hat aber auch nach der Kreittmayr'schen Unterabtheilung der Erbverträge in pacta successoria universalia und particularia den Vertrag, in welchem die Berufung nur auf einen bestimmten Theil des Nachlasses festgesetzt ist, als Erbvertrag anerkannt [26]). Damit ist jedoch nicht der Vertrag über Zuwendung einer einzelnen Sache von Todes wegen gemeint, welchen Hasse [27]) Vermächtnißvertrag nennt, sondern es soll damit der römischen Rechtsregel: nemo pro parte etc., auch in Beziehung auf Erbverträge entgegengetreten werden, so wie dieselbe in der Lehre von Testamenten ganz ausgeschlossen ist [28]). Der Vertrag also, welchen die gemeinrechtlichen Schriftsteller nach der herrschenden Lehre als partikulären oder singulären Erbvertrag bezeichnen und worunter sie einen Vertrag verstehen, durch den einem der Paciscenten ein Vermächtniß unwiderruflich zugesichert wird, ist im Landrecht übergangen, woraus jedoch nicht auf die Unzulässigkeit

---

24) Entwurf Th. II, Tit. 9, §§. 416, 415; A. L.R. I, 12, §. 649.
25) Entwurf a. a. O. §. 399; A. L.R. a. a. O. §. 617.
26) Entwurf a. a. O. §. 406 u. A. L.R. a. a. O. §. 629.
27) Rhein. Museum, Jahrg. II, S. 150, 189 ff. u. Jahrg. III, S. 1 u. 13.
28) A. L.R. I, 12, §. 45. — Vergl. oben §. 3, I, Nr. 2; §. 13 u. §. 41.

desselben nach den Grundsätzen des Allg. Landrechts geschlossen werden darf.

4. Das vierte Kapitel betrifft die Verträge über die Verlassenschaft noch lebender dritter Personen. Zasius bleibt auch hier bei der Methode der Italiener und läßt Abweichungen von dem römischen Princip über die Erbverträge nur in sofern zu, als sie aus dem römischen Rechte selbst, oder aus dem kanonischen Rechte vermeintlich gerechtfertigt werden können. — Das Landrecht nimmt auch diesen Vertrag auf und weist ihm zwei Gegenstände zu, nämlich die Entsagung einer künftigen Erbschaft zu Gunsten eines Anderen, und die im Voraus angeordnete Theilung einer künftigen Erbschaft[29]). Der erste Vertrag gehört eigentlich zu den Entsagungsverträgen (Nr. 2). Hebestreit gab jedoch, wie oben gesagt ist, dieser Art von Verträgen die Bedeutung in Beziehung auf den Dritten, welchem durch den Vertrag, an dem er selbst keinen Theil genommen hat, ein Erbrecht zugewendet wird. Auch diese Idee spiegelt sich im Landrecht wieder, durch die Bestimmung: „Zu Gunsten eines Fremden gelten dergleichen Verträge nur alsdann, wenn derjenige, über dessen Nachlaß verfügt werden soll, dem Vertrage als Mitkontrahent ausdrücklich beitritt[30]).“ — Im Anschluß an dieses System folgt die Darstellung der Lehre in der Anordnung, welche das vorgedruckte Inhaltsverzeichniß nachweist. — Das Literargeschichtliche wird den einzelnen Arten des Erbvertrages vorangeschickt werden.

## B. Von Erbverträgen über die eigene Verlassenschaft der Paciscenten.

### I. Von dem Erbeinsetzungsvertrage.

#### §. 71.

##### 1. Literargeschichtliches.

Aus dem in dem vorhergehenden Paragraphen Gesagten erhellt, daß die italienischen Juristen und ihre deutschen Nachfolger der ersten Zeit im Allgemeinen an dem römischen Verbot der Erbverträge festhielten, aber die Stellen des röm. Rechtes, in welchen man Ausnahmen zu finden vermeinte, zur Beschränkung des Verbots benutzten. Die nächsten Nachfolger von Zasius in der Entwickelung und Fortbildung dieser Lehre gingen noch einen Schritt weiter, indem man sich

29) Entwurf zum Ges.-Buch a. a. O. §§. 416 u. 418; A. L.R. a. a. O. §. 649.
30) A. L.R. a. a. O. §. 650.

des einheimischen Rechts nicht bloß bediente, um eine im fremden Rechte begründete Ausnahme zu unterstützen, sondern unter Umständen in jenem allein, namentlich in der allgemeinen Gewohnheit einen hinreichenden Grund fand, für einzelne Arten des Erbvertrages von dem römischen Prinzip abzuweichen[1]). Sichard († 1552), wohl der nächste Nachfolger von Zasius, entscheidet die Frage: Pacta inter conjuges de futura successione, an et quomodo valeant, singulariter in folgender Weise: „Sed cum pactum de futura successione acquirenda, vel affirmativum, sit contra bonos mores, et inducat votum captandae mortis (sc. nach römischen Rechtsansichten), ut jam diximus: sequitur, quod non possit confirmari juramento. Ex quo oritur quaedam pulcherrima et difficillima, quo pacto hodie sustineantur pacta illa de succedendo in contractibus matrimonialibus, ubi saepissime videmus sic caveri, ut mortuo altero ex conjugibus superstes totum habeat, vel tantum habeat, vel ut pars bonorum perveniat ad proximos agnatos. Quae pacta sine controversia sunt de futura successione, an sint toleranda, vel an sint valida. Neminem video, qui ad hoc recte respondeat. Vos autem dicite singulariter, quod illi contractus matrimoniales habeant quandam speciem testamentorum, vel ad minimum ultimae voluntatis. Ita habemus Gl. sing. fin. in L. licet supr. de pactis[2]), et ideo defertur illo casu hereditas non vi pacti, quia pactis non potest deferri hereditas; sed defertur vi cujusdam ultimae voluntatis, per quas ultimas voluntates solas deferuntur hereditates. Ex quo aliud sequitur, quod si habent instar ultimarum voluntatum, quod semper possunt revocari per eos, qui sic contraxerunt, et ab iis, quibus nondum quae-

---

1) Beseler, a. a. O. S. 133 unten.

2) Die Lex licet 19 C. de pactis (II, 3) hat den bekannten Fall: Zwei Soldaten paciscire im Angesichte eines bevorstehenden Treffens: wenn einer von ihnen bliebe, so solle der Ueberlebende dessen Vermögen haben. Die Bedingung trat ein und dem Ueberlebenden wird auf die Anfrage von den Kaisern Diocletian u. Maximian geantwortet: es werde vermöge des militärischen Privilegiums angenommen, daß, obwohl unter Nichtsoldaten eine solche Schrift nicht einmal als eine Art Schenkung auf den Todesfall wirksam sei, doch der Inbegriff des Vermögens des Verstorbenen auf ihn übertragen sei. Dies ist so ausgedrückt: „etiam rerum ejus compendium ad te delatum esse.“ Die Gl. hierzu lautet: „Compendium, scilicet universitatis, non solum quodlibet emolumentum singulare. Sed quaeritur an sit testamentum? Quidam quod sic (dazu ist notirt: Ista placet Bart., Salyce et Jas.), ut hic innuit in fine L. Alii contra, et dicunt simpliciter ultimam voluntatem.“ „Additio. Ista gl. est sing. secundum Ang. (Angelus, Bruder des Baldus) in L 3 §. genera ff. de acquir. poss., et secundum Jas. hic ad hoc quod dabilis est ultima voluntas in genere.“

situm jus est: cum voluntates hominum sint ambulatoriae usque ad ultimum spiritum vitae, per jura vulgata [3])." — Joh. Fichard, ein um zehn Jahre jüngerer Zeitgenosse Sichard's, Advokat bei dem Reichskammergericht und später Syndikus in Frankfurt, läßt sich in seinen Advokatenschriften (Consilia) gleichfalls über die akquisitiven Erbverträge in Ehestiftungen mehrmals vernehmen, ist aber schwankend und widerspricht sich. Er hat überhaupt keine selbstständige Meinung, daher seine Auslassungen nur als Zeugnisse über den Stand der Frage in der Praxis zu seiner Zeit beachtungswerth sind. In einem der ersten seiner Parteischriften oder Gutachten spricht er, weil das im Interesse seiner Partei liegen mochte, den Erbverträgen in Ehestiftungen die Gültigkeit ab, macht schließlich aber eine Wendung und meint: totam hanc causam perquam esse ambiguam et disputabilem, weshalb er zum Vergleiche räth [4]). In einem späteren Gutachten [5]) läßt er das Paktum unter Landleuten gelten, aus Billigkeit, wobei er die Thatsache einräumt, daß das Geschäft sehr oft vorkomme. In einem noch späteren Consilium bestreitet er nicht geradezu die von anderen Juristen behauptete Gültigkeit einer solchen Erbeinsetzung [6]); später kommt er jedoch, trotz dieses Anerkenntnisses, auf seine erste Meinung ([4]) wieder zurück mit der Modifikation, daß die Erbverträge in Ehestiftungen nur in vim ultimae voluntatis gelten und also nur dann zur Anwendung kommen, wenn keiner der Paciscenten von seinem Widerrufsrechte Gebrauch gemacht hat [7]). Die letzte Meinungsäußerung enthält also einen Anschluß an Sichard's Theorie ([3]). — Von denjenigen Rechtsgelehrten, welche die Gültigkeit der akquisitiven Erbverträge selbstständig auf deutsche Gewohnheit gründeten, ist der hervorragendste ein anderer, etwa 25 Jahre jüngerer Zeitgenosse Sichard's, der durch seine Observationes practicas bekannte churkölnische Kanzler Andreas Gail († 1581). Dieser sagt: „Etsi de jure communi tunc demum ad successionem vocentur conjuges, quoties omnis — — propinquorum legitima deficit successio, tamen consuetudinem valere, quod defuncti conjugis hereditas

---

3) Dict. et Praelect. in C. ad L. 3 de pactis (II, 3), nr. 6.

4) Consilia (zuerst Francf. 1568 — 1569). Tom. I, cons. 35.

5) Tom. II, cons. 53.

6) Cons. 59 ibidem: „Wenn gleich die Meinung der berührten Rechtsgelehrten passiren sollte, videlicet quod pacta de futura successione dotalibus instrumentis inserta, saltem ex vi communis consuetudinis possint esse valida, welches ich alhie nicht bestreiten will ꝛc."

7) Consilia, Tom. II, cons. 82.

non extantibus liberis, neque pactis dotalibus in contrarium confectis, superstiti ab intestato deferatur. — Possint enim conjuges consuetudinis rigorem, si quis sit, aut testamento, aut pactis dotalibus prorsus tollere, et de rebus suis pro arbitrio disponere [8]." Weiter: „Pactis hereditatem dari non posse notum est. — Fallit singulariter in mutuo et vicissitudinario pacto, puta, si inter duos vel plures conventum sit, quod alterutro sine liberis mortuo, ad superstitem bona perveniant, tale enim pactum valet." Von diesem Paktum wird die Gültigkeit zwar aus dem römischen Rechte hergeleitet. Denn die Zuwendung sei gegenseitig, wodurch die Furcht vor der Nachstellung nach dem Leben aufgehoben werde; dann sei der Gegenstand dieses Vertrages nicht die künftige Succession, weil die bona nicht als künftige Erbfolge, sondern als bedingte Obligation, wenn der Eine ohne Kinder vor dem Anderen sterben würde, versprochen würden. „Bona in pactum deducta statim ex obligatione et ex causa donationis inter vivos debentur, sed exactio ob conditionem appositam ad tempus mortis differtur et suspenditur [9])." Aber dies ist nicht sein letztes Wort. Gleich in der folgenden Observation 127 über die Pacta successionis inter illustres personas führt er aus: „Pacta — de mutua successione in casu deficientium liberorum masculorum inter Principes, Comites, Barones Imperii, adeoque inter Nobiles Germaniae, in usu sunt frequenti, et consuetudine hominum memoriam excedente confirmata valent. Etsi autem omnia pacta futurae successionis regulariter utroque jure, tanquam contra bonos mores — prohibita sunt, — hoc tamen in personis illustribus non habet locum, sed inter eas pacta et statuta familiarum, sive in personam promittentis, sive super bonis post mortem reliquendis, concipiantur, non attenta distinctione —, et ex consuetudine Germaniae valent." Einen Grund, warum die consuetudo Germaniae „inter ignobiles et rusticos" keine Geltung haben soll, weiset er nicht nach, er behauptet nur, daß das „pactum futurae successionis inter privatos utroque jure prohibitum [10])." Sein Zeitgenosse Mynsinger a Frundeck (Reichskammergerichts-Assessor) dagegen sagt: „Contraria tamen sententia, quam notissima quoque Germaniae consuetudine invaluisse

8) Observat. Lib. II, obs. 124, nr. 1 u. 3.

9) Ibidem, obs. 126.

10) Ebenda nr. 7, pag. 180 der Ausg. v. 1771.

videmus, verior est, et in Camera quoque Imperii judicando firmato, tale scilicet pactum (de futura successione) inter conjuges initum valere, quia reciprocum et vicissitudinarium est, in quo nullum sit mulieri praejudicium: quam tenuit[11])." An einem anderen Orte beweist derselbe die Gültigkeit eines Statuts, nach welchem kinderlose Ehegatten sich gegenseitig beerben, durch den Satz, daß dergleichen ja auch durch Verträge ausgemacht werden könne und man doch a pacto ad legem schließen dürfe. „Validum est in jure argumentum a pacto ad legem. Si ergo pacto induci potest, ut conjuges invicem succedant, non extantibus liberis, ergo idem statuto potest fieri et consuetudine[12])." — H. Pistoris († 1601) hält, wie Sichard und Gail, das römische Verbot der Erbverträge als Regel fest und schließt sich hinsichtlich der „pacta gentilitia", quae vulgariter Erbvereinigung vocantur" ebenfalls der Gail'schen Lehre von der „consuetudine hominum memoriam excedente", vermöge welcher dieselben „in usu frequenti sunt et — valent", an; wogegen er eine gleiche gemeine Rechtsgewohnheit in Betreff der akquisitiven Erbverträge überhaupt nicht anerkennt[13]). Dieselbe Lehre findet sich, mit ausdrücklicher Berufung auf Hartmann Pistoris Quaest juris, Lib. IV, qu. 2, noch bei Carpzov, in der Jurisprudentia forensis[14]) und, betreffs des Erbeinsetzungsvertrags unter Eheleuten, in seinen Responsen[15]). Bis hierher also ist noch immer das römische als gemeines Recht festgehalten.

Als der erste, welcher der gemeinrechtlichen Geltung der Erbverträge, auf Grund einheimischer Rechtsquellen unter Lossagung von dem römischen Verbote Vorschub geleistet hat, wird genannt[16]) Franz Hotmann († 1590), ein französischer Jurist, aber von deutscher Abkunft. Er hat dies nicht in einem seiner professionellen Werke als Prinzip hingestellt und nachgewiesen, sondern zur Begründung eines von ihm verlangten Rechtsgutachtens über eine Erb-

---

11) Observationes imperialis Camerae, Cent. II, obs. 33.

12) Responsa juris, resp. 14.

13) Quaestiones juris, Lib. IV, qu. 2: — „Et quamvis aliqui consuetudine aliter receptum esse profiteantur, tamen de particulari loci alicujus consuetudine loquuntur." — „et quantum ego quidem memoria repetere possum, quotiescunque in judiciis de pactis ejusmodi reciprocis incidet quaestio, illa semper juxta juris communis regulas non valere, judicatum fuisse memini."

14) Zuerst Francof. ad V. 1638, 4., P. II, const. 35, def. 17; — P. III, const. 5, def. 22.

15) Responsa juris elect. (Lips. 1642), Lib. V, tit. 1, resp. 6.

16) Beseler a. a. O. S. 118.

verbrüderung hingestellt. Er bezeichnet das Geschäft so: „Unus alteri et alter alteri jure donationis inter vivos irrevocabiliter promittit; — donantes et nunc prout ex tunc sibi et e converso et eorum descendentibus“ etc., und sagt dann weiter: „hujusmodi donationes inter vivos reciproce factas valere: praesertim, ut familiae conserventur, vel si inter cognatos et agnatos fiunt[17].“ Hierin ist ein Wendepunkt nicht zu erkennen, denn daß pacta gentilitia (Erbvereinigungen, wie sie Gail nennt) oder Erbverbrüderungen nach althergebrachtem Gewohnheitsrechte als gültig anzuerkennen seien und auch anerkannt würden, das sagt schon Gail, daher bringt Hotmann nichts Neues. Aber der Jena'sche Professor Bartholomäus Musculus gab 1686 eine Abhandlung unter dem Titel: Classis prima conclusionum civilium, de successione conventionali et anomala, heraus[18], mit welcher Succession er, unter Berufung auf Hotmann, die vertragsmäßige Erbfolge meint[19]. Darin läßt sich weiter nichts finden als eine Ausdehnung der Sichard'schen Lehre von der „species testamentorum vel ad minimum ultimae voluntatis“, die dem contractus matrimonialis beigelegt wird[20], auf alle Erbverträge, denn die dadurch begründete successio ist „anomala, naturam ultimarum voluntatum participans“ ([19]), wobei der Satz festgehalten wird: „pactis privati hominis successio regulariter non defertur[21].“ — David Mevius († 1670) ist der erste deutsche Rechtsgelehrte, welcher die Gültigkeit der vertragsmäßigen Erbfolge, als im gemeinen deutschen Gewohnheitsrecht begründet, ganz entschieden als ein Rechtsprinzip hinstellt, aber erst einige Jahre vor seinem Tode, nachdem er bis dahin ein Anhänger der alten Theorie gewesen war, nach welcher er eine ausführliche Abhandlung über die Erbverträge geschrieben hat[22]. „Jure civili duplex statuitur

17) Consil. I, fol. 7 et fol. 48 seqq. (apud Eustatium Vignon Atrebat. [Arras oder Artois] 1586, cons. 72). Derselbe bemerkt: „Idem ex communi opinione refert, hanc legem (nämlich die L. 19, die sich nur auf Soldaten bezieht, deren pacta successoria für gültig erklärt werden) ad paganos extendi communi omnium gentium usu.“

18) Zuerst zu Frankfurt, dann neu aufgelegt: Jena 1607, Osnabrück 1674 u. 1675.

19) „Definimus successionem anomalam, quod sit successio a communi et regulari jure civili, feudali vel saxonico per speciale personarum pactum aut locorum statuta et consuetudines exorbitans, naturam ultimarum voluntatum participans.“ Membr. I, concl. 1.

20) S. oben den Text zu Note 3.

21) Concl. 3, membr. I.

22) Ad rubricam tituli 1, Part. II des Commentar. ad jus Lubecense. (Zuerst Lips. 1642.)

successio, ex testamento et ab intestato. Ex consuetudine aut statutis aliquot locorum novam speciem accessisse videmus, quando scilicet hereditas pactis datur et distribuitur, quam conventionalem vulgo vocant.“ Dabei beruft er sich gleichfalls auf Hotmann, cons. 73, num. 34. — „Tertiam (speciem successionis) quam ex pactis nasci dictum, quod spectat, jus civile penitus improbat, hoc utens axiomate: pacta de futura successione tanquam contra bonos mores inita, nulla et improba esse.“ Doch „inter illustres personas — pacta familiaria de successionibus, Erbvereinigungen, Erbverbrüderungen, communiter approbantur, tanquam juri non adversa, — tum exemplo militum (L. 19 C. de pactis), quorum privilegiis praedictas illustres personas gaudere communiter judicatum est.“ Dafür beruft er sich auf die oben erwähnte Observation 127 Gail's. „Sed de validitate horum pactorum, an et quando existat, superest contentiosa dissertatio [23]).“ Aber gleichwohl sind die pacta successoria im gemeinen Gebrauch. „Ut exactius haec considerem, quia quotidiana, et tamen non parum intricata, discernenda sunt pacta de tertii alicujus hereditate et de ipsorum paciscentium successione.“ Nun folgt die Eintheilung nach Bartolus und Zasius. „Paciscentium de propria hereditate triplex se aperit intentio, dum vel de acquirenda, vel de conservanda, vel denique de amittenda satagunt, unde et triplex pactorum species exsurgit. Et primo quidem, quantum ad jus civile pertinet, pacto de succedendo, omnimodo prohibita et nulla sunt. — Nec interest, an de successione omnium, an parte bonorum, imo etiam certarum rerum conventum sit. — Eademque obtineri videntur de jure civili, etsi vel reciproca sint et mutua, ita ut invicem succedendi modum paciscentes determinent. — Non excipiuntur personae, sibi alias succedentes. Nam nec si parentes et liberi de successione conveniant, pactum subsistit. — Non sentiendum aliud, si vel in pactis dotalibus contractui matrimoniali talis conventio de succedendo adjicitur. In summa, neque per directum, neque per obliquum, nec principaliter, nec in consequentiam pactiones de succedendo jure civili valide ineuntur.“ Dies bezieht sich jedoch nicht auf einen Vertrag de bonis promissis, post mortem ab herede succedente praestandis. — Das pactum de conservanda hereditate hat dieselbe Bedeutung, welche ihm Hartmann Pistoris, der auch angeführt ist, beilegt. „Terti-

23) Num. 117—119 l. c.

um circa hereditates pactum fit de non succedendo, et aeque improbatur, ac quod de succedendo initur.“ Nun macht er eine Wendung. „Quae hactenus dicta sunt, ex stricta juris civilis ratione descendunt. A qua jus Canonicum, statuta et usus quotidianus longe recesserunt, ex quibus multae pactorum de hereditate vel successionibus invaluere species, quae in praxi sustinentur, etsi jure civili non sint perinde congruae.“ Dahin zählt er das pactum de non succedendo, vel quo renuntiatur successione, wenn es beschworen ist, doch kann auch die Versicherung an Eidesstatt, oder auf fürstlichen, herrlichen, oder adeligen Ehren den förmlichen Eid ersetzen; das pactum reciprocum seu vicissitudinarium, quo inter duos pluresve convenit, ut alterutro mortuo sine liberis, ad superstitem bona deveniant (nach Gail, obs. 126), praesertim inter conjuges, doch soll dadurch die testamenti facultas nicht präkludirt werden; das „pactum de successionibus, quod super rebus certis, vel aliqua hereditatis parte, aut certo bonorum genere, veluti de obventis a patre aut matre in casum mortis acquirendis interponitur;“ „eae pactiones de succedendo vel non succedendo, quae contractui alicui principali, qui per se justus et legitimus est, velut sequela apponuntur. — Ex hoc principio sustinentur pacta, quae adjici solent divisionibus bonorum, ut ad certas personas post mortem deveniant; pacta dotalia de mutua conjugum successione.“ Ferner sind ausnahmsweise gültig pacta successoria, welche nach Ortsstatuten und Gewohnheiten gelten, z. B. die „unio prolium diversi matrimonii, quam consuetudo Germaniae recepit et probavit. — Sed parentibus testandi facultatem non adimit, — qua tamen illis non licet abuti, ut vel in magnum alterutrius matrimonii liberorum detrimentum fraudulenter quid ordinent.“ — Inwieweit dieses Alles die ursprünglich eigene Ansicht des David Mevius ist, läßt sich nicht feststellen, denn er hat die ihm von seinem Großvater und Vater, Thomas und Friedrich Mevius, „quondam in Academia Gryphisvaldensi Juris Professores“, überlieferten Manuskripte von Observationen über das Lübische Recht mit benutzt [24]). Thatsache ist, daß er seit Errichtung des Tribunals zu Wismar (1653) diese Auffassung ganz verlassen hat [24a]).

---

24) Dedicatio vom 17. November 1763, vor der Ausg. v. 1679.

24a) Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen, S. 26, erkennt dies nicht an; die gelegentliche Aeußerung in den Decisionen (s. die folg. Note 25) soll von Mevius nicht anders gemeint sein als die frühere ausführliche Erörterung

Gelegentlich der Behandlung der Frage: ob der unbeschworene Erbverzicht gelte, sagt er: „— in Germania hodie per mores vulgatum est, ut non attenta amplius juris civilis veteris constitutione pacta successoria valeant, nec juxta hanc amplius jus dicatur, nisi ubi receptum reperitur. Non probata reliqua juris civilis observantia mores sequimur[25]." — Stryke u. Schilter traten ihm bei. Samuel Stryke unternahm noch vor Mevius' Tode den von diesem allgemein hingestellten Rechtsgrundsatz ausführlich zu begründen in seinem zuerst 1669 erschienenen Tractatus de successione ab intestato, diss. VIII, und wiederholte das Wesentliche in seinem später (Pars prima zuerst 1690) erschienenen Usus modernus Pandectarum in folgender Weise: „Quod attinet pacta acquisitiva, quae concernunt successionem ipsorum paciscentium, jus nostrum militibus tantum illa indulsit (dabei citirt er die vorhin erwähnte [Note 2] L. 19 C. de pactis), et ne quidem pactis dotalibus de futura successione conceptis assistebat, L. 15 C. h. t. et L. 5 C. de pactis convent. Sed Germaniae moribus haec pacta de acquirenda successione, sive reciproca sive non (das sive non war noch nicht behauptet worden) fere generaliter probata esse, nullus ambigo; quamvis et hic non desint, qui, talia pacta consuetudine probari posse, negent, quos adducit Klock, Vol. 3, Cons. 114, num. 48 seq. (Das war die Periode des Kampfs zwischen den römischen und deutschen Elementen.) Attamen num. 51 recte subjicit: moribus omnium gentium introductum fuisse tertium genus heredum, veteribus Jctis incognitum, quos conventionales appellant. (Dabei beruft er sich, außer auf Hahn, de jure rerum, Helmst. 1639, und Heige, Quaestiones juris, tam civilis quam Saxonici, Vitemb. 1601, welche zur Entscheidung nichts beitragen, auch auf den vorhin erwähnten Musculus de successione anomala ([18]), der keineswegs, wie schon der Titel seiner Schrift anzeigt, den in Rede stehenden Rechtsgrundsatz als einen gemeinrechtlich gültigen vertritt.) Ut adeo prima in successione quaestio: an adsint pacta successoria? Si non: an testamentum? Si nec hoc, ad successionem legitimam recurritur. Et illam praxin tunc in Germania fere ubique obtinere, si jurata sint pacta successoria, tra-

---

zum Lübischen Rechte (oben, Note 23). Wäre dem so, so stände es mit dem Entwickelungsgange der Lehre ganz und gar nicht anders.

25) Decisiones summi Tribunalis Wismariensis (zuerst Stralsund. 1664. 4), Pr. III, dec. 270.

dit Mevius ad Jus Lubecense, P. II, tit. 1, n. 90 in fine[26]).“ Dieses Allegat ist richtig nach seinem Inhalte, denn Mevius sagt zwar dort, nachdem er Nr. 89 unter dem Rubrum des pacti de non succedendo (vom Erbverzicht) bemerkt: „Et juramento adjecto ceteris pactis de succedendo eadem vis a nonnullis tribuitur, quam pacto de non succedendo Jus canonicum in dicto Cap. quamvis de pactis in 6. tribuit“; Num. 90: „Sed communis sententia rectius existimat juris Canonici dispositionem singularem extra suos terminos non esse extendendam, ideoque nec isto juramento convalidare pacta successoria —, nisi consuetudo aliud receperat;“ aber er fügt das Zeugniß bei: „ut hodie fere ubique in Germania, quae non naturaliter turpia, sed per jus civile tantum prohibita sunt, cum jurata sustinentur.“ Dieses Zeugniß: „ut hodie fere ubique in Germania consuetudo pacta successoria — receperat“, ist wichtig, obgleich er zu dieser Zeit der consuetudo noch keine gemeinrechtliche Geltung zugestehen will, was dann später, wie gesagt, doch geschehen ist ([25]). — Johann Schilter unternimmt eine wissenschaftliche Begründung des Instituts der Erbverträge[27]). Die Frage, ob und in wieweit pacta de hereditate viventium Geltung hätten, dürfe nicht nach dem römischen Rechte, sondern müsse nach heutigem Rechte beurtheilt werden. Nach jenem Rechte sei die Ungültigkeit nicht zu bezweifeln. Aber „in praesenti quaestione, utrum prohibitio juris Romani pactorum successoriorum, salvis moribus Germanicis horumque ratione, recipi possit, inquirendum in rationem juris Romani eaque cum ratione juris Germanici conferenda. — Summa autem ratio juris Romani est ista, quod hujusmodi pactum sit adversus bonos mores et jus gentium. Cur porro et quatenus a JCtis Romanis contra bonos mores et jus gentium esse dicantur, tres adferunt rationes, quarum prima est, quod haec pacta contineant votum captandae mortis; altera, quod moribus ac jure Romano hereditates lege tantum et testamentis, non vero pactis deferantur; tertia, quod haec pacta liberam testandi facultatem impediant. — Videamus, an istae rationes speciales ita in universum contra bonos mores et contra jus gentium universale pacta haec esse conficiant.“ Er führt nun aus, daß nach seiner

26) Usus modernus Lib. II, tit. 14, §. XVIII.

27) J. Schilter, Praxis juris Romani in foro Germanico (zuerst 1675), exercitatio VIII, §§. 35—41.

Meinung keiner dieser Gründe die Erbverträge zufolge deutscher Sitten und Rechtsanschauungen als pacta contra bonos mores et jus gentium qualifizire und kommt dann zu folgendem Ergebniß: „Ex his jam satis, arbitror, intelligitur, quam remotae sint rationes juris Quiritum a principiis juris Germanici et moribus nostris: neque temere igitur pacta successoria etiam privatorum, licet nec jurata, ex peregrinis principiis esse a jurisconsultis genuinis irritanda, aut pro invalidis declaranda, multo minus autem conscientiis laqueos injiciendos, et pacta haec jurejurando confirmata invalida pronuntianda: quasi revera juri naturali essent contraria. — Et qua ratione inter personas illustres hujusmodi pacta pro validis haberi possent, si juri naturae essent contraria? Jus porro civile etiam in summo principum et statuum foro Spirensi et Viennensi esse receptum constat: quidni ergo et hac in parte obligaret personas illustres, nisi hactenus nunquam esset receptum. Sed rigidi juris Romani introductores, videntes, ausui suo principes fidei suae inhaerentes, contraventuros, privatorum tantum pacta lacessere voluerint. Omnium vero minime haec pacti species irrita est: Si tibi promisero dare M. in casum, quo hereditas tertii ad me pervenerit. — Ex quo pacto quidem jure Romano actio non dabatur, ex generali pactorum natura, sed hodie nec illa obstat, nec specialis hujus pacti, quae per se nihil vitii aut criminis continet. Quidni igitur et pacta de conservanda hereditate valeant? — Quod adeo verum esse videtur, ut licet peculiaris consuetudo loci non appareat, non tamen secundum jus Romanum judicandum, sed potius juxta mores generales Germanorum, et horum rationem summam jurique naturae proximiorem, fidem esse servandam. Egregie itaque jurisconsulti Jenenses in Responso de anno 1636 apud Richter. d. dec. XXVI, 33 removent a jure civili universalem consuetudinem Germaniae, eaque pactis dotalibus valide hereditates deferri. Ibi: So mag doch dergleichen Ehepakt, vermöge allgemeiner in Deutschland hergebrachter und üblicher Gewohnheit nicht umgestoßen werden." — Auch Berger[27a]) sagt: „Cetera pacta successoria, affirmativa, jure civili improbari, sed universali Germaniae consuetudine sustineri, ad effectum, non modo successionis, sed et impediendi facultatem testandi. Quamobrem

---

27a) Oecon. jur. (zuerst 1719) L. II, tit. 4, th. 48, Nota 1.

pactum, inter aviam et nepotes, ne ea bona sua ullo modo in praejudicium nepotum alienet, initum subsistit." — Gleichzeitig vertritt Leyser[28]) die Behauptung, daß die Gründe, welche bei den Römern das Verbot der Erbverträge veranlaßt hätten, für Deutsche nicht passen, auch schließt er sich der neuen Meinung an, daß die Rechtmäßigkeit der Erbverträge aus einer beständigen allgemeinen Rechtsgewohnheit vor und nach der Rezeption des römischen Rechts herzuleiten sei, auch bringt er für das allgemeine Gewohnheitsrecht ein Responsum der Wittenberger Juristen von 1710 bei, worin gesagt wird, „daß nach den heutigen, durch ganz Deutschland eingeführten Rechten die successiones universales nicht allein durch Testamente, Kodizille und Schenkungen auf den Todesfall, sondern auch per contractus und pacta inter vivos hinterlassen werden können;" und ebenda ein anderes Responsum der Helmstädter Juristen von 1716, worin es heißt: „Nun stehet zwar dem angeführten Aufsatz unterschiedenes im Wege, weshalben selbiger vor kein wahrhaftes Testament geachtet werden mag. — — Wannenhero besagter Aufsatz unmöglich als ein Testament bestehen — kann. — Alldieweil aber in vielberühmtem Instrument eigentlich ein pactum successorium enthalten ist, — — dergleichen pacta successoria denn in ganz Teutschland gültig seind, und denenjenigen, so sich darinnen gründen, eben das Recht, welches ein eingesetzter Erbe aus dem Testamente hat, geben; So mag" [29]) u. s. w. — Mag auch die Meinung, nach welcher die Gründe des römischen Verbots der Erbverträge in der sittlichen Versunkenheit der Römer zu finden seien, irrig sein, wie sie es denn auch wohl in der That ist[30]), so ändert der Umstand, daß der wahre Grund tiefer in dem Wesen des römischen Rechtssystems und in der Rechtsanschauung der Römer zu suchen ist, nichts darin, daß das deutsche Institut der Erbverträge seine selbstständige Begründung in der endlich als allgemein gültig anerkannten Rechtsgewohnheit finde und keiner Stütze des von ganz anderen Grundansichten ausgehenden fremden Rechts bedürfe. Mit dem Nachweise dieser selbstständigen Geltung beschäftigt sich ausführlich, nächst Schilter uud Stryke, wieder Just. Hennig Böhmer[31]). Er folgt dem Gedankengange seiner Vorgänger. Pacta

---

28) Meditat. ad Pand., Tom. I (zuerst Lips. 1717), Spec. 43—45.

29) Ibidem, Spec. 43, med. 5.

30) M. s. darüber Hasse im rheinischen Museum, Jahrg. II, S. 158 ff.

31) Exercitatio de successione hereditaria conjugum ex pactis dotalibus; in Exercitationibus ad Digesta (1745—1764, 6 Vol. 4), tom. IV, exerc. 71.

successoria jure Romano nulla et invalida, non minus ac pacta conjugum successoria, aus den soeben vorhin angeführten drei Gründen, welchen er noch zwei hinzufügt: 4) „quod duo, bona post mortem suam in alium jure hereditario transferendi, modi in jure tantummodo deprehendantur: testamentum scilicet et lex; 5) denique quod successio esset juris publici ex lege publica adornata, quam pactis privatorum immutare eisque hanc subjicere non permissum censeretur [32]." — Die deutschen Rechtsansichten dagegen wären in dieser Materie von jeher von dem geraden Gegentheile ausgegangen, und man hätte nach alter deutscher Treue und Glauben auch solchen Beredungen, welche die künftige Succession betrafen, Kraft und Wirksamkeit beigelegt (wobei auf Stryke und Schilter Bezug genommen wird), und diese Geltung sei jenen Verträgen durch die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland nicht genommen worden. Der Nachweis dessen wird geführt aus den deutschen Volksrechten, und außerdem durch die Meinungen bewährter Rechtsgelehrter („et praeterea probatorum JCtorum sententiis"). Dergleichen Pakta habe man „traditiones, dationes, donationes, delegationes" etc. (welche nicht immer in einer körperlichen Uebergabe, sondern bisweilen auch in einer einfachen Beredung über den Uebergang der Güter nach dem Tode, bestanden hätten), genannt, worüber auf Stryke verwiesen wird. Von den Volksrechten wird angeführt: tit. 48 LL. Ripar.; tit. 13 LL. Angliorum et Werinorum; tit. 14, c. 9, Nr. 3 LL. Bajuvar., und aus der Praxis werden die Nrn. 48, 50, 75—78 der Markulf'schen Formeln hervorgehoben. — Von den Rechtsgelehrten führt er vor 1. Gail, dessen Meinung vorhin mitgetheilt ist; 2. Car. de Mean (ein belgischer Rechtsgelehrter), welcher in seinen Observationes ad Consuetudines Leodienses (Lüttich 1654), Tom. I, obs. 69, nr. 2 sagt: „Contraria et universalis gentium consuetudo hoc jus (Romanum) abrogavit, et pacta hujusmodi de hereditate viventis, praesertim intuitu matrimonii, et dum illud initur, concepta probavit." Böhmer bemerkt dazu treffend: „Haec consuetudo universalis — est ipsum jus antiquum Germaniae, quod non tam abrogavit jus Romanorum, sed impedimento fuit, quo minus unquam in usum deduci potuerit." 3. Ulrich v. Eyben. Dieser hebt in seinen Observat. pract. ad Inst. Justin. (Giess. 1663) p. 506 rüh-

---

32) Caput I, §. 4 l. c.

mend hervor: consuetudinem hanc Germaniae inter conditionis inferioris homines etiam, cum ratio a voto captandae mortis petita in Germanos propter fidem eorum et candorem cessare intelligatur. 4. Leyser (29). 5. Fontanella (ein spanischer Jurist, Advokat in Barcellona), welcher in seinem Tract. de pactis nuptialibus (Genevae 1627) auch die Frage berührt, aber für deutsches Recht nichts beibringt. 6. Stryke (26); 7. Schilter (27); 8. Struve, Syntagma jur. civil. exerc. 30, §. 19; 9. Lauterbach, Lib. XXIII, tit. 4, §. 10: „Moribus vero hodiernis tam Germaniae, quam aliarum gentium, et omnium fere locorum, pacta dotalia inter conjuges de universali successione, aut quota hereditatis sunt valida, — et secundum hanc consuetudinem in Camera inperiali judicatum esse memini, et similiter testantur Mynsinger, Gail." — Demnächst wendet sich Böhmer gegen die Meinung Einiger, nach welchen die alten deutschen Volksrechte und Rechtsgewohnheiten durch Aufnahme des römischen Rechts abgeschafft sein sollen, und schließt wie folgt: „Ex adductis — ut puto, satis superque apparet, Germanos in materia successionis pactitiae jus Romanum nunquam adoptasse, sed contra juris Romani scita, pacta quoque successoria de hereditate certi viventis ne quidem consentientis, quae jure Romano erant propudiosissima, admisisse validaque pronuntiasse. Quae cum ita sint, in propatulo est, pacta successoria, sive inter conjuges, sive inter alios quoscunque inita, merito approbanda, recipienda et defendenda, nec ea tamen ad quasdam species per modum exceptionis restringenda. — Quocirca ita rationes subducendas esse arbitror, ne a tramite juris aberremus: jure Romano pacta successoria regulariter fuisse prohibita, et si valuerunt, per modum exceptionis valuisse et assumta fuisse. Ast jure Germanico, quo hodie adhuc utimur, haec stet sententia: jure patrio semper et ubique pacta successoria vim suam habuerunt, et ad regulam et jus commune referenda sunt. Cavendum ergo, ne haec pacta ex juris Romani fontibus explicemus, sed ex his, unde vigorem adhuc suum habent — ; alioquin nil nisi chaos aliquod infrunitum ex contradictoriis principiis fingitur, et jurisprudentiae Germanicae facies admodum depravatur [33])." — Auch Kreittmayr

33) Ibidem, §§. 11—14, u. Cap. II, §. 13, verb.: „Ex quibus apparere autumo satis luculenter, jura patria in materia pactitiae successionis hunc usque

machte die Meinung, daß nach dem deutschen Rechte und der opinio communior der Juristen die Erbverträge unbedingt gültig wären, zu der seinigen [34]). Gleichzeitig drang der Satz durch, daß der Eid zur gemeinrechtlichen Geltung des Erbverzichts nicht erforderlich sei, weil die adeligen Töchter, auf welche sich das Institut des Erbverzichts allein ursprünglich bezog, nach germanischem Rechte stets ipso jure durch den Mannsstamm von der Erbfolge ausgeschlossen würden, so daß ein besonderer Verzicht eigentlich nicht nöthig gewesen sei und daher nur die Bedeutung der Anerkennung des geltenden Rechts habe, woraus folge, daß die Klausel: „bis auf den ledigen Anfall", nichts bedeute, also die Erbtochter, d. i. die Tochter des ohne männliche Nachkommen sterbenden Besitzers, immer den Vorzug habe [35]). — Das Ergebniß dieser Geschichte ist, daß die Erbverträge als ein gemeinrechtliches Institut bald nach der Mitte des vorigen Jahrhunderts allgemein anerkannt wurden, und zwar einmal auf Grund eines allgemeinen Gewohnheitsrechts; dann, weil alle Verträge absolut klagbar und gültig seien; und endlich weil die ursprünglichen Prinzipien der alten Vergabungen von Todes wegen noch in Geltung ständen. Beseler [36]) fügt hinzu: „Sollten nun aber auch alle drei Gründe nicht ausreichen, um das, was durch sie bewiesen werden sollte, wirklich zu rechtfertigen: so können wir doch uns auf eine andere Thatsache berufen, welche der Lehre von den Erbverträgen ihre gemeinrechtliche Geltung sichert: ich meine die ganz unzweifelhafte communis opinio der Juristen, wie sie sich in der neueren Doktrin darstellt." Bezüglich auf diese gemeine Meinung ist zu erwähnen, daß noch in der Periode zwischen Stryke nnd Böhmer zwei Juristen der neuen Lehre entgegentreten und die alte Theorie, nach welcher das römische Verbot der Erbverträge die Regel sein soll und einzelne Arten derselben nur als Ausnahmen gelten, wieder aufzurichten suchen. Diese sind Samuel von Cocceji und der Erfurter Professor Conrad Wilhelm Strecker. v. Cocceji [37]) will

in diem ab omni tempore in Germania conservata, nunquam vero per juris Romani in Germania receptionem antiquata et abrogata fuisse."

34) Anmerkungen über den Codicem Maxim. Bavar. civ., Th. III, Kap. 11, §. 1, num. 3.

35) Senkenberg, Disqu. academica de successione filiarum in regnis et principatibus. Goett. 1736. — Pütter, auserlesene Rechtsf., Bd. I (Gött. 1768), Nr. 13, 99; Bd. II (Gött. 1774), Nr. 183, 184, 186; Bd. III (Gött. 1777 — 1791), Nr. 316, 328.

36) Lehre von den Erbverträgen, Bd. II, S. 171.

37) Jus controversum civile (zuerst Francof. & Lipsiae 1713), Lib. II, tit. 14, qu. 34 u. 35.

schlechthin gar keine pacta de transferenda hereditate jure universali selbstständig gelten lassen. Auch die Erbverbrüderung erkennt er als eine Ausnahme von dieser Regel nicht an, er läßt sie nur gelten, weil sie nicht über die Erbschaft, sondern über die Nachfolge in Land und Leute geschlossen wird; der konservative Erbvertrag und der Verzicht gilt nur wenn er körperlich beschworen ist. Nur sooft nicht unmittelbar über die Erbschaft, „sed de alio negotio agitur, etsi consequenter hereditas defertur, uti fit per unionem prolis, per arrogationem et adoptionem, per pactum de jure filii;“ dann: „si agitur de hereditate, sed in casum quo delata fuerit;“ ferner: „si juramentum accedat; inter milites, idque ex speciali favore militiae; inter personas illustres, utpote in quibus praesumtio fraudis et votum captandae mortis cessat, imprimis cum tot saeculorum usu id comprobatum sit, Gail. II, obs. 127, Nr. 2; hinc valent pacta confraternitatis, Erbverbrüderungen (kurz vorher wird dafür ein anderer Gültigkeitsgrund angegeben), pacta Ganerbiatus, Ganerbschaften, Expectativae;“ weiter: „inter conjuges, qui in pactis dotalibus de mutua successione agere possunt; in omni pacto reciproco, nam ideo quia mutuum est omnem sinistram suspicionem desiderandi mortem alterius tollere videtur“ (der alte oberflächliche Gedanke nach Gail II, 126, wozu Cocceji jedoch sagt: de quo tamen dubito, also hat er doch auch hier Verdacht); „si non de succedendo pactum initum est, sed per modum contractus bona alii donantur in casum mortis;“ endlich: „si agatur de hereditate tertii incerti, v. g. hoc modo: quaecunque hereditas ad me perventura est, tum quia disponit de ea quatenus delata est, tum quia incerti mors captari nequit, modo non supprimatur in fraudem legis; vel si agatur de tertii certi hereditate, quae nobis lege debetur, tunc enim valet pactum, si tertius usque ad mortem consentiat, quia suo favori renuntiare potest, nec aliae rationes obstant; aut si paciscenti in bonis tertii jus aliquod competat, tunc enim de suo jure disponit, atque ita fideicommissarium, vivo quoque herede gravato, de re sibi fideicommisso relicta pacisci potest:“ — in diesen Fällen finden Ausnahmen statt. — Strecker[38]), dessen Schrift ich nicht habe

38) Dissertatio inauguralis juridica de doctrina successionis pactitiae ejusque usu et abusu in Germania. Quam sub praesidio C. W. Strecker — — examini subjecit C. G. Lindner. Eigentlicher Widersacher ist also der Doktorande Lindner. Beseler a. a. O. S. 157, Note 26 sagt, das Exemplar, welches diesen Titel habe, und von ihm benutzt worden, sei erschienen zu Jena,

erlangen können, spricht sich, wie Beseler daraus mittheilt, auf ähnliche Art aus und leugnet ein allgemeines Gewohnheitsrecht, cum a speciali ad universale non valet consequentia. — Keiner von Beiden hat jedoch Beifall gefunden; Strecker (oder Lindner) ist der letzte Vertheidiger der alten Ansicht.

Die Verfasser des Landrechts haben sich der herrschend gewordenen neuen Meinung angeschlossen; das Landrecht eröffnet die Reihe seiner Bestimmung in dieser Lehre mit der Feststellung des Prinzips, daß Erbverträge unbedingt gültig sind [39]). Nach Beendigung der Lehre von Testamenten wird im unmittelbaren Anschluß daran fortgefahren: „Auch durch Erbverträge kann ein Kontrahent dem anderen, oder beide einander wechselseitig, Rechte auf ihren künftigen Nachlaß einräumen [40])." Damit ist zugleich die Unterscheidung zwischen einseitigen und wechselseitigen Erbverträgen in Beziehung auf ihre Gültigkeit von vorneherein beseitigt, und der seltsam scheinende Anfang des Gesetzes mit dem Ausdrucke „Auch" erhält seine Erklärung aus der vorhergehenden Literärgeschichte; es soll eben dadurch der durch Jahrhunderte geführte Prinzipienstreit zum Abschluß gebracht werden.

## §. 72.

### 2. Begriff.

Sieht man die Sache obenhin, ohne tieferen Blick auf den Grund, um das Wesen derselben zu erforschen, an, so vermeint man vielleicht in dem Erbvertrage nach der Auffassung der herrschenden, durch das Landrecht gesetzlich festgestellten Theorie ein juristisches Mißgebilde zu erkennen. Er soll eine vertragsmäßige und daher unwiderrufliche Einsetzung eines Erben per universitatem im Sinne des römischen, d. h. des heutigen, bei uns gültigen Rechts sein. Dies ist, wie man gesagt hat, ein Widerspruch in sich selbst. Eine solche Erbeseinsetzung könne nur eine letztwillige sein, nach dem damit verbundenen Begriffe, sie sei kein Geschäft unter Lebenden, sie beruhe lediglich auf dem letzten Willen. Der Vertrag sei kein letzter Wille. Wo bleibe der letzte Wille eines erbvertragschließenden Instituenten, wenn er seinen Willen vor dem Tode ändert? Und doch

1760; bei Eichhorn (Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 341 [1. Ausg. §. 339] Note b) sei als Druckort u. Jahrzahl angegeben: Erf. 1738, wahrscheinlich der ersten Ausgabe. Bei Lipenius findet sich nur die eine Ausg. von Erf. 1738 angemerkt, unter dem Titel: „Conr. Guil. Streckeri Diss. de doctrina successionis pactitiae, ejusque usu et abusu in Germania. Erf. 1738".

39) A. L.R. I, 12, §. 2.

40) Ebenda, §. 617. Vergl. §. 2.

solle der Erbvertrag kein Geschäft unter Lebenden, sondern eine Verordnung von Todes wegen sein? Dennoch hat die Sache ihren juristischen Sinn, wie am Schlusse dieses Paragraphen gezeigt ist.

Nach der neuen Lehre versteht man unter dem Erbeinsetzungsvertrage eine vertragsmäßige, ihrem Begriffe nach unwiderrufliche Berufung oder Ernennung des anderen Theils zum Erben des einen Theils, — zum Erben im Sinne des römischen Rechts, d. h. in omne jus defuncti, zum Universalerben. Gegenstand ist nicht eine Obligation auf Auslieferung der im Nachlasse befindlichen einzelnen Sachen und Rechte, nach dem Tode des Erblassers, sondern das Erbfolgerecht, so wie es einem Testamentserben zusteht. Der Erbvertrag ist daher nach der neuen Auffassung kein Geschäft unter Lebenden, dessen Erfüllung auf den Tod des Erblassers gestellt ist, sondern eine Rechtshandlung von Todes wegen, ein Testament in Vertragsform, welches sich von dem eigentlichen, dem einseitigen Testamente nur darin unterscheidet, daß es kein letzter Wille ist oder nicht zu sein braucht, daß es vielmehr unwiderruflich ist und seine Kraft behält, wenngleich der künftige Erblasser seinen Willen ändert, selbst wenn er den veränderten Willen in Form eines späteren Testamentes oder in Gestalt eines bloßen Widerrufes ausdrücklich und förmlich erklärt: ein solcher letztwilliger Akt ist ipso jure wirkungslos. Diesen Begriff hat das Landrecht zu einem gesetzlichen gemacht. Hinsichtlich des Gegenstandes setzt es fest:

„Aus einem wechselseitigen Erbvertrage erlangt — der Ueberlebende ein Erbrecht[1]);"

an einer anderen Stelle:

„Der Theil des Vermögens, welchen die Ehefrau dem Manne auf den Todesfall durch Vertrag aussetzt, heißt das Ehevermächtniß. — Besteht das Ehevermächtniß aus einem nur in Verhältniß gegen das Ganze bestimmten Theil (pars quota) des Nachlasses: so hat der Mann die Rechte und Pflichten eines Miterben[1a]);"

und über die Willensänderung ist verordnet:

„Letztwillige Verordnungen finden gegen den Inhalt eines Erbvertrages nicht Statt."

„Gerichtliche auf den Todesfall eingegangene Erbverträge können einseitig nur so, wie Verträge unter Lebendigen, widerrufen werden[2])."

---

1) I, 12, §. 631.

1a) II, 1, §§. 452, 455.

2) Ebenda §. 627, §. 634.

Die Unwiderruflichkeit oder der Verzicht auf die Befugniß, seinen letzten Willen bis zum Tode zu ändern, liegt im Begriff und ist daher ganz selbstverständlich; wer von der vertragsmäßigen Erbeseinsetzung wieder will abgehen dürfen, muß sich diese Befugniß ausdrücklich in dem Akte selbst vorbehalten, dann aber ist das Geschäft kein Erbvertrag, sondern „wird nur als ein Testament angesehen" und wird von den Regeln über den Widerruf eines gewöhnlichen Testamentes beherrscht [3]). Wie soll man sich die Gültigkeit einer Rechtshandlung, durch welche Jemand einem unveräußerlichen persönlichen Rechte nach einer Richtung allgemein entsagt, sich eine Selbstbeschränkung in seiner allgemeinen bürgerlichen Freiheit auflegt, sich der Testirfreiheit begiebt, um gar nichts, — erklären?

Gemeinrechtlich nimmt man als Rechtsgrund dieses abnormen Instituts ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht an (§. 71). Die gewöhnliche Ansicht ist, die Erbverträge seien schon vor der Rezeption des römischen Rechts bei den Deutschen in Gebrauch gewesen und die Nichtanerkennung derselben in dem Corpus juris sei nicht durchgedrungen; das römische Recht habe nur noch die Wirkung der Repräsentation des Erblassers durch den Erben hinzugebracht. Die hierin liegenden thatsächlichen Behauptungen sind unbeweisbar. Bekannt ist im Gegentheil, daß die Deutschen den römischen Begriff eines Universalerben, welcher gleichsam in die Persönlichkeit des Erblassers hineinschlüpft, so daß die Gläubiger den Erben gerade so fassen konnten, als wenn sie ihren ursprünglichen persönlichen Schuldner leiblich vor sich hatten, gar nicht kannten: der Erbe, nämlich der gesetzliche Erbe, haftete nur mit den Gütern des Verstorbenen. Daß demnächst der Begriff der Universalrepräsentation in die deutsche Erbfolge wäre aufgenommen und angewendet worden, ist durch kein Beispiel nachzuweisen. Die vorkommenden Vergabungen von Todes wegen sind Singularsuccessionen und Rechtsgeschäfte unter Lebenden, welche erst mit dem Tode des Gebers vollständig zur Ausführung kommen. Den Erbverträgen im Sinne einer römischen Erbeseinsetzung tritt noch der Sachsenspiegel [4]) entgegen, nach ihm entspringt daraus nur ein persönlicher Anspruch auf Vollziehung der Auflassung, gegen den Versprechenden, von welchem er passiv nicht vererbt

---

3) Ebenda §§. 635 u. flg.

4) Buch II, Art. 30: „Wer ihm Erbe zusaget, nicht von Sippschaft oder Erbe, sondern von Gabe oder Gedinges wegen, das soll man halten vor unrecht, und nicht glauben, man möge denn gezeugen, daß das Gelübde vor Gerichte bestätiget sei" (nämlich durch Auflassung).

wird; der Erbe war ohne hinzugekommene Auflassung nichts schuldig. Könnte aber auch dargethan werden, daß im deutschen Rechte vor Aufnahme des römischen Rechts der Erbeinsetzungsvertrag als besonderes, vom obligatorischen Vertrage verschiedenes Institut in Gebrauch gewesen sei, so ist doch darauf hingewiesen worden, es sei nicht schwer nachzuweisen, daß sich dieses in Folge der Rezeption des römischen Rechts von Grund aus geändert habe; denn die zahlreichen Rechtsgeschäfte, welche die Consilien- und Responsen-Sammlungen des 16. u. 17. Jahrhunderts unter dem Namen von testamenta reciproca bieten, seien zum größeren Theile nichts anderes als wechselseitige Erbeinsetzungsverträge im Sinne der Neueren, und doch werde ganz konstant jeder nur in gehöriger Form erklärte Widerruf als gültig zugelassen [5]). Daraus wird denn der Beweis entnommen, daß der Erbeinsetzungsvertrag im Sinne der Neuern erst lange nach der Rezeption des römischen Rechts durch die Doktrin in das System des gemeinen Rechts eingeführt worden, wie denn auch die Literärgeschichte (§. 71) erst gegen das Ende des siebzehnten Jahrhunderts Spuren eines Umschwunges der Ansichten und Lehrmeinungen nachweiset. Aber viele der angesehensten Anhänger der herrschend gewordenen neuen Lehre halten das Prinzip der Widerruflichkeit fest, erklären noch immer eine unwiderrufliche Erbeseinsetzung für juristisch unmöglich, und gestatten deshalb nach wie vor unbedingt den Widerruf der pacta successoria oder pacta dotalia de succedendo, wogegen die unwiderruflichen pacta successoria als obligatorische Verträge, welche nicht die Erbfolge, sondern den Inhalt des Nachlasses ganz oder zum Theil zum Gegenstande haben, aufgefaßt werden [6]). Bei Leyser heißt es darüber: „Non infrequens est in foro quaestio, utrum pacta successoria ab uno etiam paciscentium, invito et ignorante altero, revocari mutarique queant. Neganda ea esse videbatur, si simplicitatem juris naturae, quam jus canonicum et mores patrii sequuntur, et qua omnia pacta honesta servari jubentur, spectes. Hic vero usus judiciorum a simplicitate illa recessit, atque subtilitatem aliquam ex jure Romano invexit. Distinguunt videlicet DD. inter pacta successoria, quae per modum conventionis seu contractus, et ea, quae per modum ultimae voluntatis ineuntur. Illa vocant, quando paciscentes verbis obligatoriis in pactis et

---

5) Hartmann a. a. O. S. 22 u. die dort in der Note 2 angeführten Schriftsteller. Vergl. auch oben, §. 71.

6) Darüber ausführlicher: Hartmann a. a. O. S. 27 u. 28.

contractibus inter vivos adhiberi solitis utuntur; haec, quando verba in testamentis et aliis ultimis voluntatibus consueta, e. g. „erben", „Erbschaft", reperiuntur [7]). Illa itaque, quae per modum conventionis inita sunt, immutabilia esse ajunt, haec autem, quae in vim ultimae voluntatis conficiuntur, obligationem nullam producere, adeoque pro lubitu mutari et revocari posse, perhibent." In dem dabei mitgetheilten Urtel der Wittenberger Juristen von 1711 wird gesagt: „Dennoch aber und dieweil bei denen pactis successoriis ein großer Unterschied zu machen, ob solche per modum contractus, oder aber in vim ultimae voluntatis aufgerichtet worden, gestalt in dem letzteren Falle, wenn nemlich die Paciscenten sich des Wortes „Erben", „Erbschaft", oder dergleichen bedienen, denselben jederzeit davon wieder abzugehen, und eine andere Disposition zu machen, frei steht," — welche Entscheidung von den Leipziger Scabinen bestätigt worden [8]). Hommel [9]) drückt den juristischen Gedanken so aus: „Hereditas ex pacto si petatur, ea non est, ut civilis hereditatis petitio, actio realis, sed personalis tantum adversus promittentis heredes instituenda, utpote ex pacto proveniens. Unde tertius possessor (rerum hereditariarum) a stipulatore securus est —." Der Vertragserbe ist also kein Erbe sondern ein Gläubiger mit einem Forderungsrecht gegen den Erben des Promittenten auf Herausgabe der Nachlaßgegenstände, welches Recht durch Pfand oder Bürgen sicher gestellt werden kann [10]) und auch als vererblich anerkannt wird [11]). — Die neue Lehre hat noch bis heute keine Festigkeit und es wird

7) Dabei wird verwiesen auf Carpzov, P. II, const. 43, def. 10; Stryk in Cautelis contractuum, Sect. III, c. 8, §§. 18, 19, 20 (wo ebenfals unterschieden wird, ob die pacta „per verba ultimae voluntatis, oder per verba simplicis pacti et contractus concepta"); Berger in Resolut. Lauterbachianis, p. 543.

8) Medit. ad Pand., Sp. 44, m. 2. Die gleiche Unterscheidung wird in dem Sp. 308, m. 1—6 gemacht. Dagegen ist im Sp. 43, m. 6, 7 der Satz zu begründen versucht: „Pactum a testatore de non mutando testamento suo initum valet et tollit facultatem aliter testandi."

9) Rhaps. quaest. (zuerst 1764), I, 117.

10) Berger, Oec. jur. L. 1, lit. 3, Note 11: — „cautionis auxilium in partes advocandum est, ut praedicta vidua liberis prioris matrimonii sive satisdare, sive, datis pignoribus, cavere debeat de servandis praestandisque post mortem bonis —. Ita quoque F. V. (Facultas Vitembergensis) respondit."

11) Boehmer, Exercit. ad Pand. Tom. II, exercit. 31, Cap. 2, §. 11, Nr. VII u. X; Hofacker, Principia juris civilis, Tom. II, §. 1403 u. Nota b, welchen auch Glück, Erläut. der Pand., Bd. VI, §. 542, Nr. 2, beitritt, ohne jedoch zu unterscheiden, denn er spricht nur von der Transmission des Erbrechts des vor dem Erblasser sterbenden heres pactitius. Vergl. auch v. Bülow u. Hagemann, praktische Erörterungen, IV, 71.

daran in der neuesten Zeit wieder gerüttelt. So bemerkt z. B. Walter[12]), daß in dem Begriffe der vertragsmäßigen Erbeinsetzung, wie er heutzutage hingestellt zu werden pflege, ein innerer Widerspruch enthalten sei; sie sei, wenn sie den Paciscenten schon bei Lebzeiten binden solle, kein rein letztwilliger Akt; wenn sie aber widerruflich sein solle, kein Vertrag; er bleibt indeß bei der herrschenden Lehre. Kraus[13]) behauptet sogar, daß es juristisch unmöglich sei, die Repräsentation eines Verstorbenen auf einen von seinem letzten Willen verschiedenen Willen zu gründen, daß das Recht durch die Anerkennung einer unwiderruflichen Erbeinsetzung sich selbst widerspreche. Aber auch diejenigen, welche im Prinzip übereinstimmen, weichen doch in vielen Einzelnheiten von einander ab, noch keinem ist es gelungen, den gerügten Widerspruch befriedigend zu lösen, und die juristische Konstruktion des Instituts im Einzelnen auf der anerkannten Grundlage wird für das Gemeine Recht noch von der Zukunft erwartet. Für das preußische Recht liegt dieses Stadium schon in der Vergangenheit, die Gesetzgebung hat das Institut auf der Grundlage der Unwiderruflichkeit bestätigt und auch in den meisten Einzelnheiten geregelt. Der Wissenschaft ist es anheimgegeben, den scheinbar vorhandenen Widerspruch zu beseitigen und die Bestimmungen im Einzelnen praktisch gangbar zu machen.

Die älteren Juristen, welche dem nun anerkannten Institute des Erbvertrages vermittelst der vielen, aus dem römischen Rechte gerechtfertigten, Ausnahmen vorarbeiteten, wollten doch, einzelne noch bis in die Mitte des vorigen Jahrhunderts, von dem Prinzip der Widerruflichkeit nicht ablassen. Dazu hatten sie, außer mancherlei aus der römischen Rechtsanschauung und Volksansicht hergenommenen Gründen, die für uns wegfallen, zweie, die einer besonderen Erwähnung bedürfen. Der eine war, daß sie die Unwiderruflichkeit eines solchen Vertrags, als gegen die guten Sitten verstoßend, für unzuläßig hielten. Eine Hauptstelle, auf welche man hierbei fußte, ist der Ausspruch Julian's: „Improbus est, qui sollicitus est de vivi hereditate[14])." Diese bezieht sich jedoch nicht auf einen Erbvertrag in unserem Sinne, sondern auch einen Vertrag über den Nachlaß eines lebenden Dritten hinter dessen Rücken. Ein solcher Vertrag ist freilich auch nach unseren Ansichten über Sitte nichts-

12) Deutsches Privatrecht, Bonn 1855, §. 425, S. 483.

13) Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XIII, (1852), S. 134—139.

14) L. 2, §. 2 D. de vulg. subst. (XXVIII, 6). Vergl. L. 27, §. 4 D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1).

würdig und beleidigend für den künftigen Erblasser, und also gegen die gute Sitte, und wird auch nach unserem positiven Rechte verworfen [15]). Dagegen ist es an sich gar nicht unsittlich oder nur unanständig und beleidigend, von Jemandem die Berufung zu seiner eigenen künftigen Verlassenschaft anzunehmen [16]). Worin und auf welcher Seite soll hier die Unsittlichkeit liegen? Der andere Grund ist die Meinung, die Testirfreiheit sei ein unveräußerliches Gut der allgemeinen Menschenrechte [17]). Dies ist ein thatsächlicher Irrthum. Das Testament ist ein ganz positives Institut, welches erst durch die Aufnahme des römischen Rechts bei uns eingeführt worden ist und daher mit den natürlichen Menschheitsrechten gar nichts zu thun hat. Die Befugniß, ein Testament zu machen, die sog. libertas testamenti faciendi, ist somit ein Ausfluß der bürgerlichen Freiheit, sowie z. B. die allgemeine Befugniß, sich zu verheirathen (eine rechte Ehe zu schließen), oder ledig zu bleiben. Nun ist zwar die gänzliche Entäußerung der Freiheit, ein Testament zu machen, allerdings eine Beschränkung der bürgerlichen Freiheit, und in sofern auch wohl gegen die guten Sitten, als sie die Unabhängigkeit einer freien, handlungsfähigen Person in dieser Richtung aufhebt. Allein warum sollte die Beschränkung der Unabhängigkeit nach dieser Seite nicht eben so gut aus eigener freier Entschließung freigestellt sein, wie es Jedem, welcher über seine Person und sein Vermögen selbstständig verfügen kann, freisteht, sich für gewisse Zwecke zur Ehelosigkeit bindend zu verpflichten? Das ist denn thatsächlich der Fall, die Erbverträge sind dem römischen Prinzipe der Unzulässigkeit entzogen und nach unseren Ansichten einem eigenen Rechte unterworfen: die Unwiderruflichkeit ist uns ein Rechtsgrundsatz. Wunderlicher Weise hat man hier ein Bedenken darin gefunden, daß kein Klagerecht zum Schutze der Unwiderruflichkeit gegeben sei. Das Bedenken entsteht aus dem Irrthum, daß alle Verträge oder Kontrakte, wenn gültig, eine Klage auf Erfüllung erzeugen müßten, d. h. also, daß es nur obligatorische Verträge gebe. Der Erbvertrag ist aber kein obligatorischer Vertrag, er erzeugt keine Obligation und also auch keine Klage auf Erfüllung. Worin sollte die Erfüllung bestehen, der Vertrag ist schon mit der Perfektion erfüllt. Eine Verletzung könnte also nur in der Zuwiderhandlung gefunden werden und die Klage müßte also, wenn eine solche gedacht werden sollte, auf Unterlassung gehen.

---

15) A. L.R. I, 12, §§. 649 u. 650.

16) Vergl. hierbei Hasse a. a. O. S. 159.

17) Vergl. Beseler a. a. O. S. 177.

Ehe aber von einer solchen Klage Gebrauch gemacht werden könnte, wäre die That (Widerruf oder Testamentserrichtung) längst geschehen, und wenn ein Richter gefunden würde, der eine solche Klage annähme und ein ihr entsprechendes Urtheil fällte, so würde ein solches Urtheil unvollstreckbar sein. Der Grund hiervon ist: die Klasse von Verträgen, zu welchen der Erbvertrag zählt, gehört nicht in das Obligationenrecht, sondern in das Personenrecht: sie erzeugen keine Obligation, sondern, wie die Erbverbrüderung recht deutlich zeigt, ein Standesrecht; was diesem zuwider thatsächlich geschieht, ist an sich ohne rechtliche Bedeutung, folglich ist der Widerruf eines Erbvertrages, oder ein dem Erbvertrage zuwiderlaufendes Testament wegen Mangels der aktiven Testamentsfähigkeit ipso jure null und nichtig. Der Erbvertrag begründet zwischen beiden Theilen eine, zu den Statusverhältnissen gehörige, Verbindung, und zwar die engste Verbindung, vermöge welcher der eine Theil, nach dem Willen des Anderen, der Erbe des Letzteren, für den Fall des früheren Ablebens, in erster Stelle werden kann, wenn er will. (Vergl. oben, §. 3.) Der Erbvertrag ist nicht der einzige Modus einer solchen Verbindung; die Aufnahme eines Hülfsbedürftigen in eine Armenanstalt in der vorgeschriebenen Form steht ihm zur Seite[18]. Der Zustand der in eine solche willkürliche Verbindung getretenen Personen ist dann hinsichtlich der Beerbung der gleiche, wie nach einem Rechte, welches nur die gesetzliche Erbfolge kennt, ähnlich dem französischen Rechte, welches nur die nahen Verwandten als eigentliche Erben anerkennt und dem Erblasser bloß eine Quote der Verlassenschaft zur eigenwilligen Verfügung zugesteht. Dergleichen Vorbehalt ist auch demjenigen, welcher sich durch Vertrag einen künftigen Erben ernennt, freigestellt[19]. — Muß nun hiernach auch der innere Widerspruch, an welchem das Institut leiden soll, geleugnet werden, so mag doch nicht verschwiegen bleiben, daß die praktische Anwendung des Erbeinsetzungsvertrages, abgesehen von dem Vorkommen bei Ehestiftungen und bisweilen auch zwischen Eheleuten während der Ehe, eine ganz außerordentlich seltene Erscheinung ist; mir ist die Errichtung in meiner langen Praxis nicht ein einziges Mal vorgekommen. Darnach läßt sich für die Geltung dieses Instituts im weitesten Umfange kein Bedürfniß erkennen, und es könnte nicht schaden, wenn der Erbeinsetzungsvertrag bloß in die Eheverträge

---

18) A. L.R. II, 19, §§. 50—54 u. §§. 60—65.

19) A. L.R. I, 12, §§. 628—630.

verwiesen würde, wie im französischen Rechte geschehen[20]), oder wenn man ihn, wie es das österreichische Recht thut[21]), auf Eheleute beschränkte.

## §. 73.

### 3. Eingehung.

I. Die Fähigkeit der vertragschließenden Personen soll zusammengesetzt sein aus den Erfordernissen der Testamentifaktion und aus der Fähigkeit, Verträge zu schließen. „Wer Erbverträge schließen will, muß mit den Eigenschaften versehen sein, welche sowohl zur Errichtung eines Testaments, als zur Abschließung eines Vertrages erforderlich sind[1]), widrigenfalls das ganze Geschäft nichtig ist. Dies ist noch in Beziehung auf beide Theile näher zu bestimmen.

1. Der erbeinsetzende Theil muß die aktive Testamentsfähigkeit, wie wenn er ein Testament errichten wollte, haben, und folglich befugt sein, durch Erbeseinsetzung über seinen dereinstigen Nachlaß gültig zu verfügen (§. 17), und gleichzeitig müssen damit die zur Vertragsschließung erforderlichen Eigenschaften in seiner Person zusammentreffen. Schließt ein Testamentsmündiger, dem die Vertragsfähigkeit abgeht, einen Erbeinsetzungsvertrag, so leuchtet ein, daß das Geschäft ihn nicht bindet, er also die Erbeseinsetzung willkürlich widerrufen kann. Wenn er aber ohne Widerruf stirbt, so wird gemeinrechtlich in Frage gestellt: ob dann nicht die Erbeseinsetzung wie aus einer einseitigen letztwilligen Verfügung gültig sei, vorausgesetzt, daß dabei die für Testamente vorgeschriebenen Formalitäten beobachtet worden sind. Ein Hinderungsgrund scheint der Gültigkeit nicht entgegen zu stehen, denn ein solches Geschäft stellt sich so dar wie ein einseitiges Testament, bei dessen Errichtung der eingesetzte Erbe zugegen war; die Gegenwart des Eingesetzten thut der Gültigkeit der Verfügung keinen Eintrag, der Testator kann ja die Person, welche er berufen will, dadurch bezeichnen, daß er auf sie mit der Hand hinweist und spricht: der soll mein Erbe sein; und der Umstand, daß diese Person sich zustimmend äußert, ist ganz gleichgültig in Beziehung auf die Gültigkeit der Erbeseinsetzung; auch ist die Gültigkeit nicht bedingt durch zugesicherte Unwiderruflichkeit, wenn nur thatsächlich der Widerruf unterbleibt. In der That hat

---

20) Code civil Art. 1082, 1093. — Ordonnanz von 1731, Art. 13. — Merlin, Repertoire de jurisprud. s. v. Institution contractuelle, §. 3.

21) Bürg. Ges.-B. §§. 602 u. 1249.

1) A. L.R. I, 12, §. 610. — Das österr. bürg. Gesetzb. §§. 1249, 1250 fordert nur die Fähigkeit, ein gültiges Testament zu machen, daher auch Pflegebefohlene, wenn sie testamentsmündig sind, über ihre Verlassenschaft ohne Mitwirkung der Vormundschaft vertragsweise verfügen können.

das Oldenburger Oberappellationsgericht als Grundsatz anerkannt, daß in dem gesetzten Falle der Eingesetzte zur Erbfolge gültig berufen sei [2]). Das Landrecht hat sich in dieser Frage für das Gegentheil entschieden: „Ermangeln dem Versprechenden die zum gültigen Kontrahiren erforderlichen Eigenschaften, so gilt der Erbvertrag auch nicht als eine einseitige letztwillige Verordnung, wenn gleich zu dieser letzteren der Kontrahent an sich nach den Gesetzen fähig wäre [3])." Es wird also von Anfang absolute Nichtigkeit angenommen. Daraus folgt, daß die Gültigkeit nicht durch nachträgliche Genehmigung zu einer Zeit, wo der Einsetzende vollständig verfügungs- und handlungsfähig ist, hergestellt werden kann; der Erbvertrag muß vollständig von Neuem gemacht werden.

Eine andere Frage ist: ob der Mangel der Fähigkeit, Verträge zu schließen, durch vormundschaftlichen, beziehungsweise väterlichen oder ehemännlichen Konsens ersetzt werden kann, so daß der unfähige künftige Erblasser unter Zustimmung seines Vormundes einen Erbeinsetzungsvertrag gültig schließen kann. Gemeinrechtlich besteht darüber kein Einverständniß; das Landrecht übergeht die Frage. Gemeinrechtlich ist die Beantwortung der Frage hauptsächlich davon abhängig, welcher Meinung man über die Fähigkeit der Minderjährigen, in Beziehung auf ihre Vermögen Verbindlichkeiten zu übernehmen, anhängt. Die Ansicht derjenigen, welche die Minderjährigen im Allgemeinen dazu für fähig halten und die daher auch deren Fähigkeit, einen Erbeinsetzungsvertrag selbstständig zu schließen, annehmen, interessirt uns nicht, weil nach preußischem Rechte den Minderjährigen jene Fähigkeit nicht zusteht. Diejenigen nun, welche von der Unfähigkeit der Minderjährigen ausgehen, meinen, es scheine zwar, daß sie zu Erbverträgen durch Zustimmung ihres Kurators, mit oder ohne obrigkeitliches Dekret, je nachdem man Erbverträge zu den Veräußerungen zähle oder nicht, befähigt werden könnten. Allein dagegen ließe sich mit gutem Grunde einwenden, daß Erbverträge (welche für den Bedachten immer nur ein lukratives Geschäft sind) [3a]), ebenso wie Schenkungen, über den Geschäftskreis der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung hinausgehen [4]), wonach sich dann ergebe, daß Minderjährige überhaupt nicht Erbver-

2) Seuffert's Archiv, Bd. I, S. S. 253.

3) I, 12, §. 619.

3a) Hasse a. a. O., S. 311. Beseler a. a. O, S. 209 ff.

4) L. 3 C. de magistrat. conveniendis (V, 74): „Cum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint etc." Das gilt auch nach preuß. Recht. A. L.R. II, 18, §. 233. — Das öst. bürg. G.B. §. 1250 läßt solches zu.

träge schließen könnten; und dieses Resultat scheine auch hinsichtlich seiner praktischen Brauchbarkeit nichts gegen sich, vielmehr viel für sich zu haben [5]). Diese Gründe gelten auch für das preußische Recht. Denn die allgemeinen Bestimmungen über die Ergänzung der mangelhaften Handlungsfähigkeit Minderjähriger beziehen sich nur auf obligatorische Verträge, wodurch eine persönliche Verbindlichkeit zwischen den Kontrahenten gegründet wird, was bei Erbverträgen nicht zutrifft, daher eine analoge Anwendung nicht am Orte ist und auch außerhalb des Bedürfnisses liegt, wonach sich denn ergiebt, daß es bei dem Wortlaute der Bestimmung über unsere Frage ([3]): „Ermangeln dem Versprechenden die zum gültigen Kontrahiren erforderlichen Eigenschaften, so gilt der Erbvertrag — nicht," sein Bewenden hat. — Betreffs der Ehefrauen muß noch Einiges erwähnt werden. Gemeinrechtlich wird darüber für und wider gesprochen, ob Frauenspersonen, welche unter Geschlechtskuratel stehen, des Beitritts ihres Kurators zu ihren Erbverträgen bedürfen. Diese Frage kann im preußischen Rechte, welches die cura sexus abgeschafft hat, nicht entstehen. Aber die Ehefrauen sind doch, vermöge ihrer untergeordneten Stellung in der Ehe, in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt; allein diese Beschränkung hat lediglich ihren Grund in den Rechten des Ehemannes über die Person und das Vermögen der Frau [6]); wo diese durch die Rechtshandlungen der Frau gar nicht berührt werden, wird die Frau von dem Manne gar nicht beherrscht. Durch einen Erbvertrag der Frau werden aber diese Rechte des Mannes durchaus gar nicht beeinträchtigt; die Frau übernimmt dadurch keine persönliche Verbindlichkeit (Obligation), sie beschränkt auch das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes auf ihr Vermögen in keiner Weise, denn mit ihrem Tode, nach welchem der Erbvertrag erst wirksam wird, sind diese Rechte des Mannes erloschen. Daher ist kein Grund findbar, vermöge dessen die preußische Ehefrau rechtlich verhindert sein könnte, mit einem Fremden einen Erbeinsetzungsvertrag rechtsgültig ohne die Zustimmung ihres Ehemannes abzuschließen.

2. Der Vertragserbe muß, dem Einsetzenden gegenüber, ebenso vollkommen successionsfähig sein, wie ein Testamentserbe (§. 18).

---

5) Albrecht, in Richter u. Schneider, Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, Jahrg. 6, S. 335. — Vergl. Hartmann a. a. O., S. 34. — Andere halten dafür, daß unter Zustimmung des Kurators Erbverträge geschlossen werden könnten. Z. B. Dieck, in der Encycl. von Ersch u. Gruber, Th. 40, S. 410, bei Anm. 19.

6) A. L.R. II, 1, §§. 196, 221, 231.

Das ist im Landrechte nicht gesagt, denn was über die persönlichen Eigenschaften, welche zur Schließung eines Erbeinsetzungsvertrages erfordert werden, dort vorkommt, bezieht sich nur auf den dereinstigen Erblasser (1 u. 3). Aber das Erforderniß der passiven Testamentsfähigkeit für den Eingesetzten ist selbstverständlich; außerdem würden die gesetzlichen Bestimmungen über die Ausschließung erbunfähiger Personen in fraudem legis alle umgangen werden können. Niemand wird behaupten, daß eine Gesellschaft, etwa eine Religionsgesellschaft als solche, welcher Korporationsrechte fehlen, oder eine Anstalt, welcher die juristische Persönlichkeit mangelt, durch einen Vertrag, obgleich sie bei dessen Abschließung gehörig vertreten worden, zum Erben eingesetzt werden kann. Das Ganze würde, trotz der richtigen Vertretung, nichtig sein. Dagegen ist auch hier, wie bei der testamentarischen Einsetzung, hinsichtlich der Erbfolgefähigkeit nur auf den Zeitpunkt des Anfalls zu sehen. Auch kann ein zur Zeit der Vertragserrichtung nicht Erbfähiger, gültig unter der Bedingung, daß er künftig erbfähig sein wird, eingesetzt werden.

Daß der Einzusetzende gleichfalls fähig sein müsse, sich durch Verträge verbindlich zu machen, ist nicht vorgeschrieben und nach der Natur der Sache nicht erforderlich. Die Acceptation legt ihm gar keine Verpflichtung auf, sie kann ihm nur Vortheile verschaffen, sonst steht ihm frei, künftig die Erbschaft auszuschlagen. Daher kann auch ein Unmündiger seine Erbeseinsetzung wirksam acceptiren [7]). Dies bezieht sich auf einseitige Erbeinsetzungsverträge. Bei wechselseitigen Erbverträgen, d. h. solchen, in welchen zwei oder mehrere Personen sich gegenseitig zu Erben einsetzen, so daß der Längstlebende den oder die Vorversterbenden beerbt, ist jeder der Paciscenten einsetzender Theil und muß daher mit allen den unter Nr. 1 bezeichneten Erfordernissen versehen sein.

II. Form. Gemeinrechtlich besteht für Erbverträge keine äußere Form und die Meinungen der Rechtsgelehrten gehen darüber weit auseinander, indem einige die mündliche Errichtung für genügend halten, weil im heutigen Rechte jeder Vertrag, als solcher, ohne alle Rücksicht auf Zweck und Inhalt, seine volle rechtliche Geltung habe und auch der Erbeinsetzungsvertrag unter dem Prinzipe des Vertrages stehe, folglich als formloser, wegen des erklärten Konsenses, rechtsbeständig und wirksam sein müsse [8]), während Andere die

---

7) Ebenda I, 4, §. 21. Vergl. I, 11, §. 1060.

8) Beseler a. a. O., §. 2, S. 27—34; §. 9, S. 233 ff. — Hasse a. a. O. S. 210 unter 8, u. S. 209, Anm. 75.

Schriftform fordern [9]) und noch Andere die Beobachtung einer der üblichen Testamentsformen für nothwendig halten, wegen der Erbeseinsetzung [10]). Die letztere Meinung ist die allein richtige, wenn es als ausgemacht angenommen wird, daß die Erbeseinsetzung der wahre Gegenstand des Erbvertrages ist.

Das Allg. Landrecht schreibt mit glücklichem Griff die ordentliche Testamentsform vor. „Erbverträge müssen, wie Testamente, gerichtlich abgeschlossen, oder von beiden Theilen persönlich den Gerichten übergeben werden. — Die privilegirte Form von Testamenten findet bei Erbverträgen nicht statt [11])." Hieran knüpfen sich folgende Bemerkungen:

1. Wenn der erbeinsetzende Theil nicht unterschreiben kann, aber ein Handzeichen zu ziehen im Stande ist, so muß dabei gerade so verfahren werden, wie wenn die Handlung eine Testamentserrichtung wäre. Die Handzeichen müssen also, bei Gefahr der Ungültigkeit des ganzen Akts, in Gegenwart zweier Zeugen, welche zur Unterzeichnung herbeizuholen sind, unter die beendigte Schrift gesetzt werden. Treten die Zeugen erst nach der Ziehung des Handzeichens ein, so muß diese Handlung noch einmal, so daß es die Zeugen sehen, wiederholt werden; denn die Erklärung des Paciscenten vor den Zeugen, daß die unter dem Schriftstück stehenden Zeichen von ihm gezogen worden, ist nicht hinreichend [12]). Die beiden Zeugen haben unter die Zeichen bloß ihre Namensunterschrift zu setzen; daß sie gleichzeitig bescheinigen, die Handzeichen seien von dem Paciscenten statt der Unterschrift gemacht worden, ist nicht erforderlich [13]). Diese Formalität ist bei einseitigen Erbverträgen nur wegen der Unterzeichnung desjenigen Theiles, welcher über seinen dereinstigen Nachlaß verfügt, nicht aber auch hinsichtlich des Anderen, der seine Einsetzung nur acceptirt, zu beobachten [14]).

2. Mit der Ausschließung der privilegirten Form von Testamenten sind auch die dorfgerichtlichen Erbverträge getroffen, denn

9) Eichhorn, deutsches Privatrecht (5. A.) §. 342; Dieck a. a. O. S. 410 ff.; Walter, deutsches Privatrecht, §. 431, Nr. IV, S. 492.

10) Bluntschli, deutsches Privatrecht, §. 195, Nr. 2 — Vergl. Hartmann a. a. O. S. 46 ff.

11) A. L.R. I, 12, §§. 621, 622. Ehe- u. Erbverträge zwischen Verlobten machen eine Ausnahme.

12) Pr. des Obertr. 491 vom 25. Juni 1838 (Präj.-Samml. I, S. 73).

13) Erk. des Obertr. vom 30. Mai 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 338). Vergl. Erk. dess. vom 17. Juni 1847 (Rechtsfälle, Bd. I, S. 276).

14) Erk. dess. vom 27. Mai 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 180). Vergl. oben, I, Nr. 2, Abs. 2.

die dorfgerichtlichen Testamente sind die heutige Form der privilegirten testamenta ruri condita.

3. Hinsichtlich der Aufbewahrung, Eröffnung und Zurückgabe der Erbverträge ist das Gleiche zu beobachten, was bei Testamenten vorgeschrieben ist[15]). Dadurch, daß der Erbvertrag unversiegelt den Gerichten übergeben worden, wird die Versiegelung und überhaupt die bei den Testamenten vorgeschriebene Form nicht ausgeschlossen[16]). Allein die Versiegelung und die Niederlegung im Depositorio ist keine wesentliche, die Gültigkeit bedingende Formalität[17]). Die Ausfertigung kann vielmehr, auf Verlangen, sofort erfolgen, die Versiegelung des Originals ganz unterbleiben, nur muß jedenfalls das Original bei dem Gerichte (in der Registratur, oder im Depositorio) aufbewahrt werden[18]). Die Zurückgabe kann selbstverständlich nur an beide Theile geschehen, wie bei einem wechselseitigen Testamente. Aber wenn sie wirklich doch nur zu Händen des Einen, ohne Zustimmung des Anderen, geschehen ist? Dann ist der Erbvertrag zwar faktisch vernichtet, aber die Lage ist dann dieselbe wie bei der Vernichtung eines Testaments wider den Willen des Testators: der Beweis des Inhalts, wenn er vollständig geführt werden kann, was im Falle der gleich Anfangs geschehenen Ausfertigung leicht sein wird, ist mit voller Wirkung zulässig, wie bei einem Testamente.

4. Ueberhaupt soll auch bei der Aufnahme der Erbverträge der Richter alles das beobachten, was bei den Testamenten vorgeschrieben ist[19]); er muß also z. B. die Parteien, wenn sie ihren Erbvertrag schriftlich und versiegelt übergeben, auch vernehmen, ob sie denselben eigenhändig unterschrieben haben, und sich sowohl über ihre Identität, sowie über ihre Handlungsfähigkeit und Willensfreiheit Gewißheit zu verschaffen suchen.

5. Die Vertretung durch Bevollmächtigte ist nicht zulässig[20]). Bei dem Theile, welcher über seinen dereinstigen Nachlaß verfügen will, hat das seinen Grund, denn die Erbeseinsetzung muß von dem Erblasser unmittelbar selbst ausgesprochen werden. Aber welcher

15) A. L.R. I, 12, §. 623.

16) Anh. z. A. L.R. (I, 12, §. 623) §. 43.

17) Anh. §. 33 (zu I, 12, §. 139).

18) Anh. z. A. G.O. (II. 4, §. 15), §. 431; R. v. 2. Januar 1796 (Rabe, Samml. Bd. III, S. 226), vom 21. Juli 1800 (Rabe, Bd. VI, S. 211); u. vom 16. August 1840 (J.M.Bl. S. 282).

19) Pr. des Obertr. 1439, vom 10. Mai 1844 (Präj.-Samml. I, S. 75).

20) A. L.R. I, 12, §. 621, Worte: „von beiden Theilen persönlich —."

Rechtsgrund der Vertretung des bloß acceptirenden anderen Theils entgegenstehen könnte, ist nicht aufzufinden; es läßt sich nicht annehmen, daß der Satz sich auch auf einseitige Erbeinsetzungsverträge beziehen solle, um so weniger, als sonst dadurch eine ganze Klasse von an sich erbfähigen Personen mittelbar für unfähig erklärt sein würde, Vertragserben zu werden, nämlich alle Kinder (infantes) und alle juristischen Personen, ein Ergebniß, was wohl schwerlich vom Gesetzgeber beabsichtigt und in keiner Weise irgendwo auch nur angedeutet worden ist. Die Praxis hat auch in der That angenommen, daß die Testamentsform nur für die Erklärung des über seinen Nachlaß verfügenden Paciscenten vorgeschrieben ist [21]) und daß zum wirksamen Beitritt eines Dritten zu einem Erbvertrage, in welchem ihm Vortheile zugedacht worden sind, die gerichtliche Form der desfallsigen Erklärung durchaus nicht nothwendig sei [22]).

III. Inhalt. In dem Erbeinsetzungsvertrage kann im Allgemeinen verordnet werden wie in einem Testamente.

1. Hauptinhalt des Erbeinsetzungsvertrages ist, nach dessen Begriff, eben die Einsetzung des andern Theils zum künftigen Erben. Daraus entspringt für keinen Theil irgend eine Obligation, welche der Promittent dem Stipulator zu erfüllen hätte, sondern ein Erbfolgerecht für den Berufenen. Der künftige Erblasser hat, wie in einem Testamente, seinen Erben durch seinen Willen ernannt und diesen Willen nur zu dem Zweck an den Willen des Erben gesetzt und mit ihm einen Vertrag geschlossen, damit er diesen Willen nicht wieder ändern könne, worin ein Verzicht auf die Testirfreiheit und auf den Widerruf enthalten ist. Zu leisten ist nichts mehr übrig, denn die Ernennung des Erben ist vollendet; auch eine obligatio in non faciendo consistens besteht hier nicht, etwa die, nicht zu widerrufen, denn der Widerruf ist juristisch gar nicht möglich; er wäre ipso jure gänzlich nichtig [23]). — Die Einsetzung kann, ganz so wie in einem Testamente, auf das Ganze oder nur auf einen bestimmten Theil der Erbschaft gerichtet sein [24]); der Erblasser kann auch von Anfang mehrere Erben auf das Ganze einsetzen, in welchem Falle diese in das Verhältniß von Miterben treten. Ist die Einsetzung nur auf einen bestimmten Theil geschehen, so steht es dem

21) I, 12, §. 116 u. Erk. des Obertr. vom 27. Mai 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 180). Vergl. §. 619 d. T., Worte: „Ermangeln dem Versprechenden" rc.

22) Erk. des Obertr. vom 3. März 1817 (Simon's Rechtsspr. Bd. III, S. 112).

23) Hasse,, im rheinischen Museum, Jahrg. II, S. 204.

24) A. L.R. I, 12, §. 620. Vergl. §. 45.

Erblasser frei, in Beziehung auf den übrigen Theil noch einen zweiten Erbvertrag zu schließen, oder ein Testament zu errichten, oder es bei der Intestaterbfolge zu belassen[25]). In dieser Hinsicht ist eine Ausnahme für den Fall festgesetzt, wenn der Erbe oder die Erben auf das Ganze berufen und der Erblasser sich die Verfügung über eine gewisse Sache oder Summe vorbehalten, diese Verfügung aber nicht getroffen hat. Dann sollen diese einzelnen Sachen oder Summen den gesetzlichen Erben in absteigender Linie; falls diese nicht vorhanden, den Verwandten in aufsteigender Linie und den Geschwistern und Geschwisterkindern; wenn aber auch deren nicht vorhanden sind, dem Vertragserben zufallen[26]). — Welches Verhältniß in jenem Falle, wo der Vertragserbe nur auf einen bestimmten Theil eingesetzt ist, zwischen ihm und denjenigen, welche ex testamento oder ab intestato in den übrigen Theil der Erbschaft succediren, eintreten soll, mit anderen Worten: ob sie Alle wahre Miterben sein sollen, oder der Vertragserbe nur Legatar sein soll, ist eine Willensfrage, welche nach denselben Merkmalen festzustellen ist wie bei einem Testamente, in welchem der Testator nur über einen Theil seines Nachlasses verordnet hat, worüber das Erforderliche oben (§. 2, Nr. III) vorgetragen ist.

2. An die Erbeseinsetzung können sich anschließen: Vulgar-Substitutionen, fideikommissarische Substitutionen, Vormundschaftsbestellungen. Alle diese Nebenbestimmungen erzeugen keine Obligation. Die Vulgarsubstitution ist die Ernennung eines eventuellen Nacherben, welche, wenn sie vertragsmäßig geschehen soll, von dem Substituten acceptirt sein muß, sonst der Erblasser zum willkürlichen Widerruf befugt bleibt. Für den Substituten entspringt aus der Acceptation gar keine Obligation; erst wenn der Substitutionsfall eingetreten ist und der Substitut die Erbschaft nicht ausschlägt, entsteht für ihn aus der Erbschaftserwerbung die Verbindlichkeit, die Schulden zu bezahlen, wie für jeden Erben.

Bei der fideikommissarischen Substitution, auch bei einem Universal-Fideikommiß, entsteht die Verbindlichkeit zur Herausgabe des Fideikommisses für den Fiduziarerben nicht aus dem Vertrage, sondern aus der Annahme und Erwerbung (Antretung) der Erbschaft. Denn die Acceptation des Vertragserben enthält durchaus kein Versprechen von seiner Seite, also auch nicht die Uebernahme der Verbindlichkeit zur Restitution; diese Verbindlichkeit geht er erst durch die

25) Ebenda §. 629.

26) Ebenda §. 630 verb. mit I, 11, §§. 1087, 1088.

Uebernahme, oder genau gesprochen durch die Nichtausschlagung der mit dem Augenblick des Todes des Erblassers ipso jure erworbenen Erbschaft ein.

Auch Vermächtnisse und andere Auflagen können dem Vertragserben mit rechtlicher Wirkung in dem Vertrage gemacht werden, wenn dieser Vertrag zwar nicht gerichtlich in der Form geschlossen ist, welche das Gesetz mit Rücksicht auf das Verhältniß zwischen den Paciscenten vorschreibt, insbesondere in Ehe- und Erbverträgen, welche zwischen Verlobten in der ihnen nachgelassenen außergerichtlichen Form eingegangen sind: diejenige Form, welche für die wesentliche Hauptbestimmung, nämlich für die Erbeseinsetzung bindet, genügt auch für die Nebenbestimmungen. Dies ist bestritten worden. In einem Ehe- und Erbvertrage, welchen ein Brautpaar notariell schloß, hatte die Braut ihren Verlobten zu ihrem Erben eingesetzt, und ihm aufgelegt, an ihre Nichte ein Legat von 1000 Thlrn. zu zahlen. Die nachherige Frau starb vor ihrem Manne, und dieser wurde ihr Erbe, weigerte aber der Legatarin die Entrichtung der 1000 Thlr. und machte gegen die Gültigkeit des Vermächtnisses den Einwand der mangelnden Form. Die beiden Instanzgerichte erkannten diesen Einwand für gültig. „Die Verurtheilung des Beklagten" — heißt es in dem Erkenntniß erster Instanz des Kammergerichts, „kann nicht unbedingt auf die ganze Summe der 1000 Thlr. erfolgen, weil der Erbvertrag, worin das Vermächtniß für die Klägerin bestimmt worden, nicht gerichtlich, sondern nur vor Notarien errichtet ist; nach bekannten Vorschriften aber die in außergerichtlichen Verordnungen bestimmten Vermächtnisse den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigen dürfen. Daß Erbverträge zwischen Eheleuten auch vor einem Notar gültig geschlossen werden können, hat auf das der Klägerin, als einer fremden Person, in jenem Vertrage ausgesetzte Vermächtniß keinen Einfluß." Der Oberappellationssenat des Kammergerichts sagt: „Die affirmative Entscheidung der Frage: ob die in dem Erbvertrage zu Gunsten der Klägerin enthaltene einseitige letztwillige Verfügung mit der rechtsbeständigen Form versehen sei, kann daraus, daß der Vertrag unter den Kontrahenten in Rücksicht der Erbeseinsetzung gültig war, wenn er, wie geschehen, coram notario aufgenommen wurde, nicht gefolgert werden; denn das Gesetz sieht Erbverträge unter Eheleuten als Eheverträge an, und es ist ein besonderes Vorrecht derselben, daß sie coram notario errichtet werden können; ihre Kraft muß daher in dieser privilegirten Form auf die Eheleute und Verlobten beschränkt und

keinesweges auf Andere, in Rücksicht welcher, nach allgemeinen Grundsätzen, keine Ausnahme stattfindet, ausgedehnt werden." Das Obertribunal sprach jedoch das Vermächtniß gültig. Die Gründe lauten: „Nach dem A. L.R. I, 12, §. 646 gilt ein Erbvertrag nur intuitu der Kontrahenten als Vertrag, und in Ansehung eines Dritten, welchem darin etwas zugedacht worden, und der dem Vertrage nicht mit Einwilligung der Hauptkontrahenten ausdrücklich beigetreten ist, hat er nur die Kraft einseitiger letztwilliger Verordnungen. Aus diesem Gesetz folgt aber, daß ein Dritter einem solchen Vertrage, mit Bewilligung der Hauptkontrahenten, beitreten kann, daß er alsdann auch in Ansehung seiner als Vertrag gilt. — Mit Bewilligung der Erblasserin ist Klägerin dem Vertrage nicht beigetreten, und die Erblasserin würde also befugt gewesen sein, das der Klägerin hinterlassene Legat der 1000 Thlr. zurückzunehmen, welches sie jedoch nicht gethan hat [27])." Die Meinung geht hiernach dahin, daß wie der Vertrag durch Beitritt des Dritten ein gültiger Erbvertrag geworden wäre, derselbe, ohne diesen Beitritt, eine gültige einseitige letztwillige Verordnung gewesen und, weil nicht widerrufen, auch geblieben sei. Daran schließt das Obertribunal noch das Argument: „Die Verlassenschaft der Erblasserin war ihm nur exclusive dieser 1000 Thlr. verschrieben; diese gehörten ihm also nicht, und zu deren Besitz stand ihm keine Befugniß zu." Dieses Argument ist nicht von Gewicht, denn es folgt daraus nicht, daß die Klägerin berechtigt war, dem Erben das abzufordern, was ihm nicht gehörte; sonst aber ist die Entscheidung in dem Vorhergehenden hinlänglich gerechtfertigt. In einer späteren Entscheidung hat jedoch das Obertribunal den umgangenen Rechtsgrundsatz geradezu dahin ausgesprochen, daß in einem notariellen Ehe- und Erbvertrage von den Brautleuten auch einem Dritten mit formeller Gültigkeit etwas von Todes wegen zugewendet werden kann [28]). Daß dem Vertragserben in demselben Vertrage, in welchem er selbst zum Erben gültig ernannt wird, zugleich auch Legate zu Gunsten eines Dritten aufgelegt werden können, das ergiebt auch die Bestimmung über die Gegenstände eines Erbvertrages, welche sagt: „Nur solche Sachen und Rechte, worüber Jemand durch einen letzten Willen zu verfügen berechtigt ist, kann er Anderen durch Erbverträge zuwenden [29])."

---

27) Erk. des Obertr. vom 3. März 1817 (Simon's Rechtssprüche, Bd. III, S. 106, 108 u. 111).

28) Erk. vom 9. November 1857 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 190).

29) I, 12, §. 620.

Denn die Zuwendung von Sachen und Rechten ist eben ein Vermächtniß und das „nur" soll die Grenze dieser Zuwendung festsetzen, damit aus der Vertragsform nicht hergeleitet werde, der Vertragserbe sei durch seine Acceptation zu Leistungen verpflichtet, welche ihm als Testamentserben nicht würden haben aufgelegt werden können, denn er übernimmt eben durch die Acceptation keine Verpflichtung, weder in Beziehung auf den Inhalt der Auflagen, noch zur Antretung der Erbschaft, er acceptirt nur den Verzicht des Erblassers auf die Testirfreiheit und auf etwaigen Widerruf. Zur Rechtsgültigkeit der dem acceptirenden Vertragserben aufgelegten Vermächtnisse abwesender Dritter ist auch deren späterer Beitritt nicht erforderlich. Erfolgt er doch mit Bewilligung beider Theile, wozu die gerichtliche Form nicht vorgeschrieben ist: so wird dadurch nur die Zurücknahme der Zuwendung ausgeschlossen, die sonst dem Erblasser freistehen würde [30]). Zwischen dem Vertragserben und dem Legatar entsteht, wenn der Erblasser ohne Widerruf der Zuwendung mit Tode abgegangen ist und der Erbe die Erbschaft antritt, dasselbe Verhältniß wie zwischen dem Testamentserben und den Legataren.

3. Ob die Enterbung eines Notherben im Erbeinsetzungsvertrage, versteht sich ohne dessen Zustimmung, denn sonst würde ein Entsagungsvertrag vorliegen, — geschehen könne, ist gemeinrechtlich nicht ausgemacht. Einige [31]) behaupten, Andere [32]) bestreiten es. Das Allg. Landrecht übergeht die Frage. Die verneinende Meinung ist auch für das preußische Recht als die richtige anzunehmen. Denn die Regel des römischen Rechts, daß Erbeinsetzungen und Enterbungen nur in eigentlichen Testamenten erfolgen können, ist auch im preußischen Recht Gesetz, auch gilt der Grundsatz, daß die Rechtsverhältnisse dritter Personen direkt nicht bestimmt werden dürfen. Zwar ist die Erbeseinsetzung nun auch durch einen Vertrag möglich gemacht worden und es können dritten Personen auch in Erbverträgen Vortheile zugewendet werden ([30]); aber daß ihnen auch

---

30) Ebenda §. 646: „Uebrigens gelten Erbverträge nur unter den Kontrahenten als Verträge; in Ansehung eines Dritten aber, dem darin etwas zugedacht worden, und der dem Vertrage nicht mit Bewilligung der Hauptkontrahenten ausdrücklich beigetreten ist, haben sie nur die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen."

31) J. B. Mayer, Diss. an et quatenus principia juris Romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint (Goett. 1805) §. 18, Note X, p. 21 sq., ohne Angabe von Gründen.

32) Mühlenbruch, in der Forts. von Glück, Bd. XXXVIII, S. 98, 99; — Beseler a. a. O., S. 303, Nr. 5.

Rechte dadurch genommen werden können, ist nicht nachgelassen, vielmehr besteht die Bestimmung: „Alle letztwillige Verfügungen, wodurch den Kindern ihr Pflichttheil genommen, geschmälert, oder belastet werden soll, müssen, bei Strafe der Nichtigkeit, in der Form eines wirklichen Testaments abgefaßt sein[33]," unverändert und ohne Ausnahme. Daß unter „der Form eines wirklichen Testaments" nicht bloß die äußere Form, die ja auch bei Erbverträgen beobachtet werden muß; sondern diejenige einseitige letzte Willensverordnung, welche eigentlich Testament, im Gegensatz von Kodizillen und Erbverträgen, genannt wird, zu verstehen ist, darf wohl als unzweifelhaft angenommen werden. Wollte man es bezweifeln, so würde damit das Gegentheil, nämlich die Zulässigkeit der Enterbung durch Erbvertrag, nicht bewiesen sein; dieser Beweis müßte aber geführt werden, da die Enterbung in dieser Form ein besonderes Recht sein würde, indem als Grundsatz ausgesprochen ist: „durch Erbverträge kann ein Kontrahent dem Anderen, oder beide einander wechselseitig, Rechte auf ihren künftigen Nachlaß einräumen[34]; nirgend aber der, daß die Kontrahenten dergleichen Rechte dritten Personen auch nehmen können, wenn solche ihnen zustehen.

4. In Betreff der Wirkungen unzulässiger, dem Erbvertrage beigefügter Bedingungen, ist man gemeinrechtlich darin einverstanden, daß sie den Erbvertrag selbst ungültig machen, nicht wie beim Testament für nicht geschrieben gehalten werden[35]. Für das preußische Recht besteht kein Einverständniß. Daß das Allg. Landrecht keine Bestimmung enthalte, wodurch eine Rechtsverschiedenheit geboten würde, habe ich bereits oben nachgewiesen[36]. Diesem Nachweise ist noch etwas nachzutragen. Das Allgemeine Landrecht hat bezüglich auf die Aufhebung der Erbverträge folgenden Satz: „Soweit Testamente wegen nicht eintreffender Bedingungen — — entkräftet oder vereitelt werden; so weit werden unter eben den Umständen auch Erbverträge rückgängig (§§. 478—518)[37]." Diese Bestimmung ist von gemeinrechtlichen Schriftstellern auf die Zulässigkeitsfrage über die Bedingungen bezogen worden. Beseler sagt a. a.

33) A. L.R. II, 2, §. 431. Vergl. §. 379 ebenda.

34) I, 12, §. 617. — Vergl. §§. 1 u. 2 ebenda.

35) Albrecht, in Richter's u. Schneider's kritischen Jahrbüchern, Jahrg. 6 (Bd. XI) S. 336; Beseler a. a. O. S. 268, No. IV; v. Savigny, System, Bd. VIII, S. 492; Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts (5. A.) §. 454, No. I; Bolley, Entwürfe von Gesetzen für Württemberg, S. 249, 315 u. A.

36) §. 23, II, Nr. 2, lit. a, Abs. bb, S. 241.

37) I, 12, §. 647.

D. (35): „Was die Bedingungen bei dem Erbeinsetzungsvertrage betrifft, so kann man zweifeln, ob hier die Grundsätze, welche für sie bei dem Testament, oder diejenigen, welche bei dem Vertrage gelten, zur Anwendung kommen: das österreichische Gesetzbuch hat sich für Letzteres entschieden[38]), das preußische Landrecht aber für Ersteres." Dabei theilt er den oben erwähnten Satz wörtlich mit, nimmt aber auf das demselben zur näheren Verständigung beigefügte Allegat keine Rücksicht. Hartmann[39]) trägt vor: „Zunächst ist es ein bekannter Satz unserer Quellen, daß obligatorische Verträge durch die Hinzufügung unmöglicher und unsittlicher Bedingungen nichtig werden, während letztwillige Verfügungen im gleichen Falle als unbedingte bestehen bleiben. Man kann es sich leicht erklären, daß rücksichtlich des Erbeinsetzungsvertrages allgemein das erstere Geschäft zum absoluten Muster genommen wurde, also die Entscheidung für die Nichtigkeit des Ganzen ausfiel." Hierzu fügt er folgende Anmerkung bei: „3) Merkwürdiger Weise ist das Gegentheil bestimmt im Allgemeinen preußischen Landrecht, Th. I, Tit. 12, §. 647." Er wiederholt also nur das, was Beseler sagt, ohne sich auf den Inhalt der Stelle einzulassen. Die nähere Betrachtung derselben wird jedoch überzeugen, daß diese Auffassung nicht richtig ist. Das Obertribunal hat bei seiner Vertretung „des Gegentheils" die in Rede stehende Bestimmung ganz bei Seite gelassen und sich nur auf die freilich unerwiesene Behauptung gestützt, „daß der vorherrschende Charakter eines Erbvertrages der einer letztwilligen Verordnung ist, und Erbverträge zu den letztwilligen Verordnungen gerechnet werden müssen, hiernach aber die Regel §. 63, I, 12, daß, was nach den Gesetzen einer Willenserklärung als gültige Bedingung nicht beigefügt werden darf, für nicht beigefügt angesehen wird, wenn es in letztwilligen Verordnungen einem Erben oder Legatar auferlegt worden, — auch bei Erbverträgen Anwendung finden muß[40])." Kehren wir zur Beziehung des obgedachten Satzes zurück. Beim ersten Anblick fällt schon auf, daß die Bestimmung davon spricht, wie Erbverträge wieder rückgängig werden, nicht davon, inwiefern sie von Anfang nichtig sind, als worauf allein unsere Frage sich bezieht; jener Satz hat also nur die Wiederaufhebung oder Vereitelung von solchen Erbverträgen zum Gegenstande, welche völlig rechtskräftig eingegangen sind. Das hinzugefügte Allegat „§§. 478

38) M. s. oben, S. 243, Text zur Note 48.

39) Zur Lehre von den Erbverträgen, S. 51.

40) Erk. vom 2. Juni 1856 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXVI, S. 23).

— 518" bestimmt nun die Beziehung des Satzes genau. Dort ist von den Wirkungen der aufschiebenden, der auflösenden, deren mehreren, der schon erfüllten, der unmöglichen Bedingungen, welche einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtnisse beigefügt sind, die Rede, also nur von an sich zulässigen Bedingungen; von unerlaubten und unsittlichen Bedingungen ist an einem anderen Orte, nämlich im §. 63, gehandelt, und auf diese Bestimmung wird in unserem Satze nicht verwiesen, folglich kann dieser auf jene nicht bezogen werden, nachdem er selbst seine Beziehung abgegrenzt hat.

## §. 74.

### 4. Wirkung.

I. Die nächste, unmittelbare Wirkung des rechtsgültig zu Stande gekommenen Erbvertrages ist die Unwiderruflichkeit der Erbeseinsetzung und die Ausschließung beziehungsweise Beschränkung der Verfügungen des Erblassers von Todes wegen.

Der Widerruf der Erbeseinsetzung, wegen bloßer Willensänderung, ist demnach in jeder Form, sei es ausdrückliche Erklärung, oder durch Zerstörung der Urkunde, oder durch Errichtung einer anderen letzten Willensverordnung, in Beziehung auf den Acceptanten ipso jure null und nichtig [1]), wogegen die Zuwendungen, womit dritte Personen, welche dem Vertrage nicht mit Zustimmung der Paciscenten beigetreten sind, bedacht sind, durch den Widerruf aufgehoben werden [2]). Von der Regel, daß letzwillige Verordnungen gegen den Inhalt eines Erbvertrages nicht stattfinden [3]), gelten folgende Ausnahmen:

1. Der Erblasser kann auf den eventuellen Fall, daß der vertragsmäßig Berufene nicht Erbe sein könnte oder nicht sein wollte, also unter dieser Bedingung, durch Testament oder auch durch Vertrag, einen anderen Erben, d. h. einen Substituten ernennen. Dies ist nicht zweifelhaft. Eine andere Frage ist die: ob ein unbedingt auf die Beseitigung des Erbvertrages gerichtetes Testament oder ein neuer unbedingter Erbeinsetzungsvertrag absolut nichtig ist, oder nur dann unkräftig wird, wenn es zur Erbschaftsantretung aus dem ersten Erbvertrage kommt. Man muß die zweite Alternative für die richtige erklären, weil der Erblasser ja nur dem Acceptanten gegenüber an seinen Verzicht auf die Testirfreiheit gebunden ist, kein Drit-

1) A. L.R. I, 12, §. 634.

2) Ebenda §. 646.

3) Ebenda §. 627.

ter aber ein Recht hat, sich darauf zu berufen und die Erbschaft für sich, etwa ab intestato, in Anspruch zu nehmen. Deshalb kann, wenn der erste Erbvertrag aus irgend einem Rechtsgrunde ungültig ist oder destitut wird, nicht die Intestaterbfolge eröffnet werden, so lange Niemand das spätere Testament umzustoßen ein besonderes Recht hat.

2. Wenn der Erblasser die Zuwendungen, womit er dritte Personen, die dem Vertrage nicht beigetreten sind, bedacht hat, widerruft ([2]); so kann er darüber anderweit letztwillig verfügen, jedoch nur so, daß der Erbe dadurch nicht mehr beschwert wird als er es vorher war. Unterläßt er dies, so ist dieser Fall dem unter der folgenden Ziffer 3 gedachten ganz ähnlich und wird nach dessen Analogie zu behandeln sein, wenn es nicht des Erblassers Wille war, durch den Widerruf den Erben zu erleichtern.

3. Wenn der Erblasser sich die letztwillige Verfügung über gewisse Sachen oder Summen in dem Erbvertrage vorbehalten hat. Ist diese nicht getroffen, so fallen die vorbehaltenen Gegenstände seinen Descendenten, in deren Ermangelung seinen Ascendenten und Geschwistern oder Geschwisterkindern ersten Grades, und wenn auch solche nicht vorhanden sind, dem Vertragserben zu [4]). Dies bezieht sich also nur auf einzelne ausdrücklich vorbehaltene Nachlaßgegenstände. Anders:

4. wenn der Vertragserbe nur auf einen bestimmten Theil (Quote) des Nachlasses eingesetzt ist. Dann kann der Erblasser auf die übrigen Erbtheile Testamentserben ernennen, und insoweit er dies nicht gethan hat, tritt Intestaterbfolge ein [5]).

Der vierte und dritte Fall sind keine *eigentlichen* Ausnahmen, denn die letztwilligen Verfügungen gehen hier nicht gegen den Erbeinsetzungsvertrag, sie lassen denselben ganz unberührt und bestehen neben ihm; sie haben auch ihre eigene Geschichte. Die ältern Juristen wollten die donatio omnium bonorum nur dann zulassen, wenn nicht die Testirfreiheit ganz dadurch entzogen und nicht wenigstens ein Theil des Vermögens dem Schenker zur freien Verfügung vorbehalten würde [6]). Daher wurde und blieb es gewöhnlich, daß man einen solchen Vorbehalt machte, um für die spätere Zeit nicht ganz an Freigebigkeiten gehindert zu sein. Diese Klauseln kommen frühe

---

4) Ebenda §. 630 verb. mit Tit. 11, §§. 1087 u. 1088.

5) I, 12, §. 629.

6) Bartolus, ad L. 61 D de verbor. obligat. (XLI, 1). — Thibaut, System des Pandektenrechts (8. A.) §. 561, Note g.

auch bei Erbverträgen vor und noch jetzt sind sie nicht selten [7]). Hierbei blieb zu bestimmen: wem der vorbehaltene Theil zufalle, wenn der Erblasser darüber nicht verfügt hatte. Die bedeutendern Partikularrechte befaßten sich mit der Entscheidung dieser Frage. Die sächsischen Konstitutionen [8]) schrieben vor, „daß dieses Reservat den Blutsfreunden und nahesten Erben des Donatoris folgen, und deme, so die anderen Güter auffn Todesfall vermacht worden, nicht accresciren und zuwachsen soll." — Das österr. Gesetzbuch bestimmt: „Durch den Erbvertrag kann ein Ehegatte [9]) auf das Recht, zu testiren, nicht gänzlich Verzicht thun. Ein reiner Viertheil, worauf weder der gebührende Pflichttheil, noch eine andere Schuld haften darf, bleibt kraft des Gesetzes zur freien letzten Anordnung immer vorbehalten. Hat der Erblasser darüber nicht verfüget; so fällt er doch nicht dem Vertragserben, obschon die ganze Verlassenschaft versprochen worden wäre, sondern dem gesetzlichen Erben zu." — Das Allg. Landrecht verordnet bezüglich auf die donatio omnium bonorum: „Hat Jemand eine rechtsgültige Schenkung seines ganzen Vermögens errichtet, sich aber die Verfügung über einen gewissen Theil oder eine gewisse Summe vorbehalten: so fallen diese, wenn der Schenkende gar keine Verfügung getroffen hat, in der Regel dem Beschenkten anheim. — Verläßt aber der Schenkende gesetzliche Erben in auf- oder absteigender Linie, oder Geschwister oder Geschwisterkinder ersten Grades: so haben diese auf eine solche vorbehaltene Sache oder Summe vor dem Beschenkten vorzüglichen Anspruch [10])." Bezüglich auf Erbverträge, wo hierauf Bezug genommen wird, heißt es: „Der Erblasser kann (ohne ausdrücklichen Vorbehalt) Vermächtnisse bis auf den zwanzigsten Theil seines Nachlasses errichten, wenn er nicht auch dieser Befugniß sich im Vertrage ausdrücklich begeben hat [11])." Der gänzliche Verzicht auf die Testirfreiheit ist also landrechtlich, im Gegensatze zu den älteren Rechtsansichten und anderen Partikularrechten, namentlich dem österreichischen, rechtlich möglich. Es heißt ferner: „Ist der Erbvertrag nur über einen bestimmten Theil des Nachlasses errichtet: so fällt das übrige Vermögen dem ernannten Testaments- oder in dessen Ermangelung dem gesetzlichen

---

7) Beseler a. a. O. S. 286 u. die Anm. 61, 62 angeführten Schriftsteller.

8) Cod. Aug. P. III, const. 2.

9) Nur unter Eheleuten sind Erbverträge gültig. §. 602.

10) I, 11, §§. 1087, 1088.

11) I, 12, §. 628.

Erben anheim [12])." Dann konkurriren diese also, vorausgesetzt, daß der Vertragserbe in die Universitas berufen ist (§. 2 u. 3), als Miterben. Weiter heißt es gegensätzlich: „Ist in dem Erbvertrage die letztwillige Verfügung nur über eine gewisse Sache oder Summe vorbehalten: so finden deshalb, wenn keine Verfügung getroffen ist, die Verordnungen des Elften Titels, §§. 1087, 1088 (Text zu Note 10) Anwendung [13])." Hieraus erhellet der Zusammenhang dieser beiden uneigentlichen Ausnahmen mit dem früheren Rechte und der nun folgenden eigentlichen Ausnahme, nach welcher

5. Vermächtnisse zusammen genommen, bis auf den zwanzigsten Theil der Verlassenschaft, ohne Vorbehalt, kraft des Gesetzes, noch nach Schließung des Erbvertrages, errichtet werden können. Diese Vermächtnisse, oder auch Schenkungen von Todes wegen, werden so angesehen, als wenn der Erblasser sie in dem Erbeinsetzungsvertrage dem Vertragserben aufgelegt hätte. Errichtet der Erblasser Vermächtnisse in diesem Betrage, ohne besonderen Vorbehalt nicht, so bleibt der Erbe, insoweit es nicht geschieht, eben unbelastet, d. h. der zwanzigste Theil der Verlassenschaft oder soviel davon übrig ist, fällt nicht ipso jure an die Intestaterben. In dieser Beziehung irrt Beseler, indem er (S. 288) sagt: „Hat er (der Erblasser) keine Verfügung über den ihm gesetzlich vorbehaltenen Theil getroffen, so fällt dieser nach Analogie der für die Schenkung des ganzen Vermögens gegebenen Vorschrift an den Vertragserben, ausgenommen, wenn die gesetzlichen Erben Descendenten, Ascendenten, Geschwister oder Geschwisterkinder sind, welche jenem vorgehen." Dieses „ausgenommen" bezieht sich nur auf die ausdrücklich vorbehaltene „gewisse Sache oder Summe", nicht auf den gesetzlich vorbehaltenen zwanzigsten Theil, wie der Wortlaut sagt ([13]).

Vermächtnisse über den zwanzigsten Theil hinaus, womit der Erblasser nachher den Vertragserben ohne dessen Zustimmung belastet, braucht dieser nicht gelten zu lassen, wenngleich er die Erbschaft aus dem Vertrage, der davon nichts enthält, ohne Vorbehalt annimmt. Entrichtet er sie aber, wissend, daß er dazu nicht gezwungen werden kann, aus Pietät, so ist dies nicht als eine Schenkung anzusehen und daher nicht dem Widerruf nach deren Grundsätzen unterworfen [14]). Hatte der Erblasser sich einen Theil der Erbschaft

12) Ebenda §. 629.

13) Ebenda §. 630.

14) Nach Analogie der L. 5, §. 14 D. de donat. inter virum et uxor. (XXIV, 1). Vergl. L. 19, 20 D. quae in fraudem creditor. (XLII, 8). Es fehlt jede causa zur Rückforderung.

vorbehalten, so gilt der Erbe mit solchen Vermächtnissen für belastet, an welchen dereinst die vorbehaltene Quote fällt, sei er Testaments- oder Intestaterbe.

Betrachtet man die landrechtlichen Bestimmungen mit Rücksicht auf den Entwickelungsgang, welchen die Lehre bis zur Zeit der Entstehung des Landrechts genommen hatte, so erblickt man Unentschiedenheit. Bei der übrigens unfertig gebliebenen donatio omnium bonorum ist von einem gesetzlichen Vorbehalte keine Rede, der Schenker kann sich also seiner Testirfreiheit ganz entäußern; bei dem Erbeinsetzungsvertrage bleibt von Rechts wegen der zwanzigste Theil zur freien letzten Verfügung vorbehalten, doch aber kann auch noch darauf ausdrücklich Verzicht gethan werden.

6. Schenkungsversprechen von Todes wegen, wenn sie wirklich als donationes mortis causa anzusehen sind[15]), werden nach den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts wie Vermächtnisse behandelt[16]), daher das unter Ziffer 5 Gesagte auch auf sie Anwendung findet. Gemeinrechtlich ist man darüber nicht einig.

II. Nach der älteren Ansicht der Juristen entzog der Erbvertrag dem Erblasser auch die Verfügungsbefugniß unter Lebenden, weil sie dem ernannten Vertragserben ein gegenwärtig existent gewordenes Realrecht auf das Vermögen des künftigen Erblassers zuschrieben. Berger[17]) z. B. lehrt: „Ex pactis dotalibus, iisque in vim contractus initis, oritur jus in re, sc. hereditarium, et quidem anomalum, sive extraordinarium, idque ob naturam objecti, et, vivente quidem conjuge, de cujus bonis agitur, habitu et actu primo. — Porro jus illud habitu et actu primo impedit bonorum alienationem, — imprimis propterea, quod is, qui ita paciscitur, sibi hanc dicit legem, ne velit alienare, et alioquin, omnis vis pacti per alienationem elideretur.“ Nach der neuern Doktrin bezieht sich die Unwiderruflichkeit nur auf die Erbesernennung: der eingesetzte Erbe soll eben nur Erbe werden und als solcher in die Gesammtheit des Vermögens des künftigen Erblassers, wie es sich nach dessen Tode darstellt, und an dieser Erbfolge soll der Erblasser nichts ändern dürfen, wodurch er in seiner allgemeinen Verfügungsfähigkeit unter Lebenden nicht beschränkt wird, da er

---

15) Darüber s. m. mein Recht der Forderungen, Bd. III, §. 231.

16) I, 11, §. 1135 u. m. Anmerkungen darüber.

17) Oeconom. juris Lib. I, tit. 3, th. 11, wo er sich auf Stryk, de success. ab intestato, Diss. VIII, c. 5, th. 24, 29 u. 33, u. auf Michael. apud Klock., tom. III, cons. 123, num. 121 sqq. beruft.

Herr seines Vermögens bis zum Tode bleibt, nur soll er arglistiger Weise den beabsichtigten Erfolg nicht indirekt vereiteln und dem Erben das ihm eingeräumte Recht, etwa durch übermäßige Schenkungen, nicht faktisch entziehen [18]). — Einverständniß besteht folgerichtig auch darüber, daß der ernannte Vertragserbe auch auf Prodigalitätserklärung des in Verschwendung verfallenen dereinstigen Erblassers zu provociren legitimirt sei.

Das Landrecht macht diese Theorie zu der seinigen. „Durch bloße Erbverträge wird die Befugniß der Kontrahenten, über ihr Vermögen unter Lebendigen zu verfügen, nicht eingeschränkt. — Doch kann der Vertragserbe Schenkungen, welche der Erblasser wegen Uebermaßes zu widerrufen berechtigt gewesen wäre, innerhalb der gesetzmäßigen Frist zurücknehmen, wenngleich der Erblasser sich dieses Widerrufs ausdrücklich begeben hätte. — Wenn Jemand durch unbesonnene Ausgaben die Substanz seines Vermögens dergestalt vermindert, daß er nach den Gesetzen für einen Verschwender zu achten ist: so kann derjenige, welchem ein Recht auf seinen Nachlaß durch Erbvertrag eingeräumt worden, auf Prodigalitätserklärung wider ihn antragen [19])." Hierzu bemerke ich:

1. Durch bloße Erbverträge soll die Verfügungsfähigkeit des Erblassers im Allgemeinen nicht beschränkt werden. Den Gegensatz machen Verträge, wodurch dem Anderen zugleich ein dingliches Recht im Sinne der älteren Doktrin ([17]), oder sonst ein Besitzrecht oder Mitbesitzrecht besonders und ausdrücklich eingeräumt wird. Inwiefern dergleichen Verträge auch gegen Dritte wirksam sind oder nicht, hängt von deren gutem oder bösem Glauben ab.

2. Der Vertragserbe soll übermäßige Schenkungen des Erblassers innerhalb der gesetzmäßigen Frist zurücknehmen können. Diese Bestimmung erklärt sich aus der älteren Auffassung der Erbverträge, nach welcher man nicht die Erbfolge sondern den Nachlaß als den Gegenstand derselben ansah; zu der heutigen, auch von dem Landrecht angenommenen Ansicht paßt sie nicht. Der Gedanke über das anzuwendende Rechtsmittel ist denn auch unklar, und es ist nicht zu sehen, wie dasselbe soll begründet und auf was es soll gerichtet werden. Der Vertragserbe soll dieselbe Widerrufsklage haben, welche der Erblasser selbst würde anstellen können, aber auch nur innerhalb der gesetzmäßigen Frist, welche vom Tage der Schenkung an

---

18) Beseler a. a. O. S. 257 u. flg.; Hartmann a. a. O. S. 57 flg.
19) I, 12, §§. 624—626.

gerechnet drei Jahre beträgt[20]). Daraus folgt, daß der Erbe von diesem Schutzmittel schon bei Lebzeiten des künftigen Erblassers soll Gebrauch machen dürfen und dieses hat man auch beabsichtigt[21]). Nun kann es aber kommen, daß er von der Schenkung und deren Betrag überhaupt nichts erfährt; der Erblasser, dessen Vermögen größtentheils vielleicht in Staatspapieren besteht, kann ja dem Gegenstand seiner Zuneigung und Freigebigkeit diese Papiere unter vier Augen einhändigen und keiner von Beiden läßt davon ein Wort verlauten; vielleicht erst lange nach drei Jahren erfährt dann der Erbe zufällig etwas, wo es zu spät ist. Abgesehen hiervon wird die Begründung der Revokatorienklage schwierig sein; denn dazu gehört nach allgemeinen Grundsätzen Folgendes: a) Der Kläger muß das Verhältniß nachweisen, aus welchem sein Erbrecht entspringt. Wenn bei der Errichtung des Erbvertrages regelmäßig verfahren wurde, so kann er das nicht vor der Publikation desselben, und diese ist vor dem Tode des Erblassers ohne dessen Zustimmung nicht zulässig. b) Er muß die Verletzung seines Rechts nachweisen. Das kann er nicht, denn er hat noch gar keinen gegenwärtigen Anspruch auf den verschenkten Gegenstand, der nur vielleicht ein Gegenstand seines künftigen Erbrechts hätte werden können; er erwirbt vielleicht auch niemals ein Recht darauf, denn es ist ganz ungewiß, ob er den Erbanfall erlebt, er kann selbst die bereits angefallene Erbschaft möglicherweise wegen Unwürdigkeit noch wieder verlieren oder auch ausschlagen. Erwirbt er also die Erbschaft nicht unwiderruflich, was sich erst mit dem vor seinem Tode erfolgten Ableben des Erblassers entscheiden soll, so kann die Schenkung nicht angefochten werden; und es ist kein Grund findbar, aus welchem der Beschenkte gezwungen werden könnte, einen Gegenstand, der sich in seinem vollkommenen Eigenthume befindet, herauszugeben. Man darf nicht darauf fußen, daß der Vertragserbe ja unbedingt auch legitimirt sei, den Erblasser für einen Verschwender erklären zu lassen. Dadurch wird dem Vertragserben als solchem kein besonderes Recht gegeben, die Bestimmung ist aus dem Gemeinen Recht gedankenlos aufgenommen und für das preußische Recht ganz bedeutungslos. Für die Bevormundung, beziehungsweise Interdiktion, einer handlungsunfähigen Person hat die Staatsbehörde von Amtswegen zu sorgen, und zu der Anzeige, daß eine bestimmte Person sich in dem

20) I, 11, §. 1093.

21) Suarez' Bemerkung bei der revisio monitorum, in meiner Anm. 2 über den §. 625 d. T.

Zustande der Willens- oder Handlungsunfähigkeit befinde, ist jeder Staatsangehörige vermöge seiner allgemeinen Bürgerpflichten befugt[22]), folglich bedürfen auch diejenigen, welche aus irgend einem Grunde auf die Erbschaft jener Person hoffen können, dazu keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Pflicht der Staatsobrigkeit ist es, auf jegliche an sich glaubwürdige Anzeige den zweifelhaften Zustand der betroffenen Person gehörig feststellen zu lassen. c) Er muß zur Begründung der Klage behaupten und dafür Beweis antreten, daß und inwieweit das Geschenk die Hälfte des Vermögens des Schenkers, zur Zeit der Schenkung, überstieg. Dazu fehlen ihm die Elemente. Durch die Negative, daß der Schenker nicht mehr so viel, wie die Schenkung betrage, im Vermögen habe, wird die Beweislast schwerlich dem Geschenknehmer aufgewälzt werden können, und der künftige Erblasser kann nicht angehalten werden, seinen gegenwärtigen Vermögenszustand zu manifestiren, auch kann derselbe, als Gegner des Vertragserben, nicht gezwungen werden, dem Vertragserben die zur geschichtlichen Begründung des Widerrufs erforderliche Information zu geben; endlich würde der Kläger durch eine vage Behauptung und die Berufung des Schenkers als Zeugen darüber nicht hinter die Geschichte kommen, da dieser, um sein Zeugniß zu vereiteln, sich offen nur für den Gewährsmann des Beklagten und Gegner des Klägers zu erklären brauchte. Endlich d) das Petitum betreffend: auf was soll er seinen Antrag richten? Auf Herausgabe des die Hälfte übersteigenden Betrages an ihn? Dazu hat er gar kein Recht, er erwirbt vielleicht auch niemals ein solches Recht. Oder an den Schenker? Dieser verlangt nichts und nimmt nichts, auch würde, wenn er es thäte, damit der Kläger seinen Zweck nicht erreichen, da ihm der Erblasser einmal abgeneigt ist. Oder auf Zahlung ad depositum? Der Beklagte ist vollkommener Eigenthümer und der Kläger hat kein gegenwärtiges Recht, ihm sein Eigenthum zu entreißen. Oder dann wohl auf Sicherstellung? Aber eine Klage auf Kautionsbestellung hat zur Begründung andere Erfordernisse als die Zurückforderung einer übermäßigen Schenkung; diese Revokatorienklage kann nicht zur Kautionsleistung führen. Man kommt damit zu der Ueberzeugung, daß die Klage des dereinstigen Vertragserben auf Widerruf einer Schenkung des künftigen Erblassers, bei Lebzeiten des Erblassers keinen Erfolg haben

22) A. G.O. I, 38, §. 9: „Wenn — der Richter — etwas davon, es sei durch die Anzeige seiner Verwandten, oder sonst, in glaubwürdige Erfahrung bringt" u. s. w. — Vergl. §§. 10 u. 19.

kann. Die Verfasser des Landrechts haben sich die Sache nicht klar gemacht, die Bestimmung ist plötzlich hineingefallen. Der gedruckte Entwurf kannte die Beschränkung des Erblassers in dessen Verfügungen unter Lebenden nicht. Hiergegen waren Erinnerungen eingegangen, einige Monenten wollten hier solche dispositiones inter vivos, welche dem Inhalte des Vertrages entgegen sind, besonders Schenkungen und andere Veräußerungen, welche in der Absicht geschahen, den Erbvertrag zu elidiren. Suarez bemerkte dazu: „Diese Ausnahme hat m. v. keinen Grund. Der Erbvertrag hat, seiner Natur nach, bloß den künftigen Nachlaß zum Objekte[23]), und es liegt darin nichts, was die Dispositionen inter vivos einschränken könnte. Ueberdem müßten die Erbverträge wenigstens öffentlich verlautbart werden, wenn sie dem tertio, welcher mit dem Paziszenten bona fide kontrahirt, entgegenstehen sollten. Alles, was man in favorem heredis pactitii annehmen könnte, wäre, daß er die Schenkungen des Erblassers, welche dieser wegen Uebermaßes zu revoziren berechtigt sein würde, widerrufen könne, wenngleich dieser seinen animum revocandi nicht erklärt, sondern vielmehr das contrarium kontrahirt hätte." Man beschloß darauf: „Ausnahmen wegen der Schenkungen finden nicht statt; es steht den Kontrahenten frei, ihre Dispositionen inter vivos einzuschränken; der successor pactitius kann pro prodigo erklären lassen; der heres pactitius kann donationes immodicas revociren[24])." Man schaltete demgemäß die §§. 625, 626, womit wir hier beschäftigt sind ([19]), ein. Daß die Revokationsklage bei Lebzeiten des künftigen Erblassers undurchführbar sei, ist vorhin aufgezeigt, es ist noch übrig, anzugeben, wie die dazwischen gekommene, in die herrschende Theorie nicht passende Bestimmung praktisch zu verwerthen sei, um dem Vertragserben als Schutzmittel gegen den bösen Willen zu dienen. Dies kann geschehen durch buchstäbliche Anwendung derselben: der präsumtive Erbe muß die Schenkung innerhalb der gesetzmäßigen Frist zurücknehmen, d. h. widerrufen. Das geschieht in Form einer Protestation, welche dem Geschenknehmer durch die Gerichte zu insinuiren ist[25]). Dadurch wird bewirkt: 1. die Frist zum

---

23) Was er damit meint, ist unklar, er kann an den faktischen Inhalt des Nachlasses, also an die einzelnen darin befindlichen Gegenstände, wie die älteren Juristen, gedacht haben, er kann und hat wahrscheinlich auch das künftige Erbrecht auf den Nachlaß gemeint; was er jedoch sagt, paßt auf beide Fälle. — Man sieht, Suarez stand auf der damaligen Höhe der Wissenschaft; bei seinen Moneuten war das Verständniß noch nicht zum Durchbruch gekommen.

24) Motive der Ges.-Revisoren zu Tit. 12, Pensum XVI, S. 216.

25) A. L.R. I, 14, §§. 466, 467.

Widerruf ist gewahrt; 2. der Geschenknehmer wird von der rechtlichen Sachlage in Kenntniß und damit in malam fidem versetzt, welches die Folge hat, daß er von nun an schon insoweit haftet, als er jetzt, zur Zeit der Insinuation, noch reicher ist, durch den erst später eintretenden Verlust also nicht haftfrei wird. — Tritt demnächst der Erbfall ein, so kann der Erbe die Abforderung des Uebermaßes klagend durchsetzen, denn er ist nun in der Lage, sich die geschichtlichen Elemente zur Begründung der Klage, soweit sie noch im Nachlasse vorhanden sind, zusammen zu bringen und sein Eigenthumsrecht an dem Inhalte der Erbschaft ist existent geworden. Fragt man nach der Natur der Klage, welche jetzt dem Erben nach dem Tode des Erblassers zusteht, so kann man zwischen zwei verschiedenen Klagen wählen. Die eine ist dieselbe Widerrufsklage, welche der Erblasser selbst, wenn er gewollt hätte, brauchen konnte; diese ist kraft des Gesetzes schon bei Lebzeiten des Erblassers auf den Erben übertragen, der Erbe konnte nur wegen der faktischen Unmöglichkeit, solche vor dem Erbanfall zu begründen, davon nicht früher Gebrauch machen. — Die andere Klage ist die condictio sine causa. Durch den zuständigen Widerruf fiel der Rechtsgrund, aus welchem der Geschenknehmer das Geschenk in seinem Uebermaße hinter sich hatte, hinweg, und der Geschenknehmer wurde insoweit Schuldner des Erblassers, der die Einbringung der Schuld unterließ. Diese holt nun der Erbe nach, denn zum Erlaß war der Erblasser nicht befugt. Beide Klagen, die sich wohl nur in der Benennung unterscheiden, gehen nur auf die Bereicherung.

3. Er kann auf Prodigalitätserklärung wider ihn antragen. Welche Bewandtniß es damit hat, ist schon vorhin unter Nr. 2 gesagt.

III. Bezüglich des Vertragserben tritt die hauptsächliche Wirkung des Vertrages erst mit dem Tode des Erblassers ein, denn der Erbeinsetzungsvertrag ist, gleichwie das Testament, nur ein Delegationsgrund oder Titel des Erbrechts; die sich daran knüpfende Aussicht, künftig vielleicht der Erbe des Anderen zu werden, ist vor dem Anfall der Erbschaft noch kein Vermögensrecht und von der Person nicht trennbar. Der Vertragserbe kann daher so wenig wie der Testamentserbe, sein ihm verschriebenes künftiges Erbrecht etwa wie ein gegenwärtig bereits existentes Recht veräußern, cediren oder dazu seinen künftigen Erben testamentarisch oder vertragsmäßig berufen, um es so auf seinen Erben zu transmittiren, falls er selbst den Anfall nicht erleben sollte. Die Anhänger der alten Lehre, wo-

nach der Inhalt des Nachlasses wie eine körperliche Sache als Gegenstand des Erbvertrages angesehen wurde, konnten dieses Alles für folgerichtig halten, sowie sie die Veräußerungen des Erblassers von einzelnen Sachen inter vivos für einen Eingriff in die dinglichen Rechte des Erben erklärten und ihm dagegen Rechtsmittel, wie bei einem Gesammt- oder Miteigenthume, zugestanden. Folgende Sätze schließen sich hier an:

1. Mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers ist der Vertragserbe, allein oder in Konkurrenz mit Anderen, der Erstberufene zur Erbschaft. Unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern besteht noch jetzt Meinungsverschiedenheit über die Frage: ob der Vertragserbe die Erbschaft bei dem Tode des Erblassers ipso jure, oder erst durch Erbschaftsantretung erwerbe. Sie ist daraus entstanden, daß man dem Erbrechte oder Erbfolgerechte, d. h. dem Rechte, dereinst Erbe zu werden, das Recht auf das Vermögen, wie es beim Tode sein werde(23), substituirte, so daß der Tod des Erblassers als derjenige Moment erschien, wo dieses Recht dem Vertragserben sich nicht erst eröffnete, sondern nur aus einem, seinem Objekte nach unbestimmten in ein bestimmtes verwandelte[26]). Eichhorn[27]) drückt diesen Gedanken klar so aus: „Durch den Tod des Erblassers wird das Erbrecht des Vertragserben nicht erst erworben, sondern nur unbedingt.“ Mittermaier[28]) erklärt die Erwerbung der Erbschaft von Rechtswegen dadurch, „weil schon in der Abschließung des Vertrages die nöthige Erklärung lag;“ er findet also in der Acceptation des Vertragserben eine anticipirte Erbesantretung, widerspricht sich jedoch selbst in demselben Artikel, indem der Erbe doch nicht gezwungen sei die Erbschaft anzutreten[29]); denn dies verträgt sich mit der gleichzeitigen Behauptung, daß die Antretung bereits geschehen, durchaus nicht. Von anderer Seite wird sehr richtig bemerkt, daß die Acceptation des Vertragserben nur auf das Recht, Erbe zu werden, nicht auf den Nachlaß sich beziehe; genauer bezeichnet bezieht sich die Acceptation auf den in der vertragsmäßigen Erbeseinsetzung enthaltenen Verzicht auf die Testirfreiheit; sonst könnte man aus der Ac-

26) Darüber ausführlicher Albrecht a. a. O. S. 337; u. Beseler a. a. O. S. 271 ff.

27) Deutsches Privatrecht, §. 344 (1. Ausg. §. 342).

28) Grundsätze des deutschen Privatrechts (5. A.) §. 454, Nr. XV.

29) Er sagt wörtlich: „Der Vertragserbe, der jedoch nicht gezwungen ist, die Erbschaft anzutreten, erwirbt die Erbschaft sogleich nach dem Tode des anderen Kontrahenten, u. braucht daher auch keine Erbschaftsantretung, weil schon in der Abschließung des Vertrages die nöthige Erklärung lag.“

ceptation des Nachlasses oder des Rechts darauf immer noch die Unzulässigkeit der Erbschaftsentsagung herleiten. Von der entgegengesetzten Seite wird, versteht sich in Beziehung auf Personen, welche nicht Pflichttheilserben sind, nach gemeinrechtlichen Grundsätzen die Erbschaftsantretung zur Erwerbung der Erbschaft gefordert, gerade so wie bei einem Testament.

Für das preußische Recht hat diese Kontroverse kein unmittelbares Interesse, denn nach dessen Grundsatze erwirbt jeder Erbe, ohne Unterschied des Delationsgrundes, folglich auch der Vertragserbe[30]), die Erbschaft ipso jure, ohne daß es einer Handlung des Erben bedarf; doch mit Vorbehalt des Abstinenzrechts innerhalb der dafür bestimmten Erklärungsfrist.

2. Aus dem Gesagten geht schon hervor, daß auch der Vertragserbe die Befugniß hat, die ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen, oder, wie man uneigentlich zu sagen pflegt, der Erbschaft zu entsagen. Läge schon in der Vertragsschließung die Annahme der Erbschaft, also die Antretung einer hereditas viventis, so wäre es nicht erklärlich, wie der Erbe nach dem Tode des Erblassers dazu sollte kommen können, die Erbschaft willkürlich auszuschlagen, da ja obligatorische Verbindlichkeiten gegen die Gläubiger durch die Antretung eingegangen sind, von welchen man sich durch eine Dereliktion des Nachlasses nicht befreien kann. Das Landrecht weiset diese Auffassung der Acceptation des Erben im Vertrage zurück, aber läßt es gelten, wenn der Erbe in dem Vertrage selbst der Befugniß, die Erbschaft auszuschlagen, ausdrücklich entsagt hat. Dadurch wird denn der Zustand hergestellt, welcher nach der Ansicht Einiger schon in der bloßen Acceptation begründet sein soll. Ein solches Geschäft würde für den Erben sehr gefährlich werden können, da es ein rein gewagtes ist, wobei er die künftige Lage der Erbschaft nicht übersehen kann und blind in das unwiderrufliche Verhältniß des Erben gegen Gläubiger und Legatare eintritt. Hiergegen will man ihn von dieser Seite aus dadurch schützen, daß man ihm, wiewohl nicht ohne Widerspruch[31]), das beneficium inventarii gestattet[32]). Auch das hat das Landrecht, welches noch zwischen der alten und neuen Doktrin in einzelnen Punkten schwankt, aufgenommen. Hier-

30) I, 9, §. 367: „Sobald der Erblasser verstorben, — fällt die Erbschaft an denjenigen, welchem rechtsgültige Willenserklärungen — dazu berufen."

31) Maurenbrecher, deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 764.

32) Stryk, de success. ab intestato, diss. V, §. 30; Struben, rechtliche Bedenken, IV, 34 u. A.

aus erklären sich folgende Bestimmungen: „Bei Erbverträgen kann der überlebende Theil eben so, wie der Testamentserbe, sich der Verlassenschaft gültig entschlagen. — Ist in dem Vertrage selbst der Befugniß, die Erbschaft auszuschlagen, ausdrücklich entsagt worden: so hat es zwar damit sein Bewenden. Doch kann auch ein solcher Vertragserbe zum Antritte der Erbschaft nur unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii verpflichtet werden [33]." Die letztere Bestimmung will einerseits nicht sagen, daß nach Anfall der Erbschaft noch eine ausdrückliche Erbschaftsantritts-Erklärung unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventarii erzwungen werden kann, was ja auch undurchführbar sein würde, sondern die Lage ist die, daß der Erbe so wie so Erbe ipso jure ist und daß seine Abstinenzerklärung unwirksam bleibt, er also, trotz derselben, von den Interessenten als wahrer Erbe behandelt werden kann, mag er sich der Erbschaft annehmen oder nicht. Andererseits sagt die Bestimmung, daß, wenn der Vertragserbe zugleich im Vertrage der Rechtswohlthat des Inventarii im Voraus entsagt hätte, diese Entsagung ohne Wirkung sei, denn er ist, auch wenn er sich der Befugniß, die Erbschaft auszuschlagen, begeben hätte, doch nicht verpflichtet, dieselbe ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums zu übernehmen. Das schließt freilich nicht aus, daß er sich der Rechtswohlthat durch Vernachlässigung der rechtzeitigen Einbringung des Inventariums doch verlustig mache. Hierbei entsteht aber eine Frage in Betreff der Frist zu dieser Einbringung. Ist der Erbfall in seiner gesetzlichen Lage, so hat der Erbe wenigstens sechs Wochen Frist, ehe er sich erklären muß, ob er die Erbschaft ausschlägt [34]. Erst nach Ablauf dieser Frist beginnt der Anfang derjenigen, welche zur Niederlegung des Inventariums festgesetzt ist [35]. Wie steht es nun mit dem Anfange dieser Frist in dem Falle, wenn der Erbe im Voraus vertragsmäßig der Ausschlagung der Erbschaft sich begeben hat? Hier bedarf er der Ueberlegungsfrist nicht, weil er die in Rede stehende Erklärung überhaupt gar nicht geben darf. Damit fällt auch die dafür bestimmte Frist aus, folglich muß die Frist zur Niederlegung des Inventariums sogleich nach erlangter Wissenschaft über den Anfall der Erbschaft anfangen. Der Zeitpunkt der erlangten Wissenschaft fällt bei dem Vertragserben mit dem Tage, wo ihm der Tod des Erblassers bekannt wird, nicht wie bei dem Testamentserben,

33) I, 12, §§. 641, 643 u. 644.
34) I, 9, §§. 384, 385.
35) Ebenda §§. 424 ff.

erst mit der Publikation des Erbvertrages zusammen, da er als Kontrahent ja den Inhalt kennt, was von dem Testamentserben in keinem Falle hinsichtlich des Inhalts des Testaments angenommen werden darf, da er, wenn ihm derselbe auch bekannt wäre, doch nicht wissen kann, ob es nicht auch widerrufen sei, und da er überhaupt vor der Publikation des Testamentes jeder Legitimation, sich einzumischen, entbehrt. Dieser Mangel der Legitimation zur Einmischung könnte freilich auch den Vertragserben hindern, sich mit der Errichtung des Inventariums sogleich zu befassen, doch wird dies nicht immer der Fall sein, da der Erbe gewiß oft im Besitze der Verlassenschaft gleich nach dem Tode des Erblassers sich befinden wird. Es kommt daher auf die Beschaffenheit des Falles an.

3. Die rechtsgültige Entsagung der Erbschaft hat zwei Folgen: a) Die dem Vertragserben in dem Vertrage, oder nach Abschließung des Vertrages, innerhalb des gesetzlichen Vorbehalts, besonders aufgelegten Vermächtnisse gehen, wie bei einem destituirten Testamente, auf den Intestaterben, oder auf den für den Fall der Ausschlagung seitens des Vertragserben eventuell ernannten Testamentserben über[36]; b) der entsagende Vertragserbe kann nicht als Intestaterbe die Erbschaft in Anspruch nehmen; nur kann er die Verabreichung seines Pflichttheils oder dessen Ergänzung fordern. Das Letztere ist wenigstens für den Testamentserben, wenn er zugleich Pflichttheilsberechtigter ist, geltender Grundsatz[37]. Bei dem Vertragserben kommt jedoch noch das Moment der vertragsmäßigen Ernennung und die Einwilligung des Vertragserben in Betracht. Daß der Notherbe auf sein Recht in einem Erbvertrage verzichten könne, ist gemeinrechtlich außer Frage[38] und auch im Landrechte festgestellt[39], dieser Fall ist nicht gemeint; die Frage betrifft den Fall, wenn der Notherbe in einem Erbeinsetzungsvertrage zum Erben ernannt und mit Vermächtnissen so belastet wird, daß er in seinem Pflichttheile verletzt ist: ob dann in seiner bloßen Acceptation ein Verzicht auf sein Recht stillschweigend enthalten sei. Die Frage wird nicht bejahend zu entscheiden sein. Man könnte meinen, es komme darauf an, ob der Sohn wissend, daß und wie er durch die

36) A. L.R. I, 9, §. 406; I, 12, §§. 277—280. — Vergl. oben, §. 68, I, nr. 2.

37) A. L.R. I, 12, §. 401 u. 402. — Vergl. oben, §. 68, II.

38) Mühlenbruch, in der Forts. des Glück'schen Kommentars, Bd. XXXVIII, S. 75 ff.

39) I, 12, §§. 649 ff.

ihm angetragene Erbesernennung verletzt werde, dieselbe acceptire. Allein die bloße Acceptation bezieht sich auf den Verzicht des Erblassers, die Erbesernennung zurückzunehmen, also diese, wie sie geboten wird, zu befestigen. Dadurch wird also der ernannte Erbe in keiner Beziehung gebunden, er braucht diese Erbschaft, wenn sie ihm nicht gefällt, zu seiner Zeit nicht anzunehmen. Da nun der Notherbe ein von dem Willen des Erblassers absolut unabhängiges Erbrecht hat, so liegt kein Verzicht in jener Acceptation, denn eine Verzichtsleistung auf ein existentes Recht erfordert allemal eine ausdrückliche Willenserklärung[40]). Es kommt also darauf an, ob sich der Notherbe bei seiner Acceptation so ausgedrückt habe, daß er auf sein Pflichttheilsrecht habe wissentlich verzichten wollen. Das ist Sache der Auslegung, die Pietät kann eine Ausdrucksweise verlassen, welche den Willen zweifelhaft läßt. Jedenfalls ist zu einer bindenden Erklärung, welche einen solchen Verzicht enthalten soll, die Volljährigkeit des Acceptanten, oder die Zuordnung eines Spezialkurators ad hoc bei einem Kinde in väterlicher Gewalt, oder, wenn er nicht in der Gewalt des Promittenten steht, die Zustimmung seines gesetzlichen Rechtsvertreters erforderlich.

Ist der Erbeinsetzungsvertrag ein zweiseitiger und der Entsagende widerruft demnächst bis zu seinem Tode die seinerseits zum Vortheile dritter Personen, welche dem Vertrage nicht beigetreten sind, getroffenen Verfügungen nicht, so gelten sie nach seinem Tode als einseitige letztwillige Zuwendungen, womit sein dereinstiger Erbe belastet ist[41]).

IV. Fast einerlei Meinung herrscht unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern darüber, daß die bekannten römischen Rechtsregeln: „nemo pro parte testatus pro parte intestatus", und „nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest", auf den Erbernennungsvertrag keine Anwendung finden, d. h. es wird als zulässig angenommen, daß Jemand theilweise durch Testament, theilweise durch Erbvertrag so verfügen könne, daß Testaments- und Vertragserbe als direkte Universalerben neben einander succediren. Wenn daher der Erblasser zuerst ein Testament errichtet, darauf aber einen Erbeinsetzungsvertrag, ausdrücklich nur über einen Theil des Vermögens oder, was im Erfolge gleich ist, mit Vorbehalt eines Bruchtheils der künftigen Verlassenschaft eingeht, so kann der Vertragserbe nur auf den ihm zugewandten Theil direkter Erbe werden und der Testa-

40) I, 12, §. 381.
41) Ebenda §. 646.

mentserbe bleibt Universalerbe auf den im Vertrage vorbehaltenen Theil, denn das Testament ist durch den Vertrag nicht weiter aufgehoben, als derselbe über den künftigen Nachlaß anderweit verfügt hat. Ist umgekehrt der Erbvertrag in Beziehung auf eine Quote des Vermögens älter als das Testament, in welchem der Erblasser zu dem seiner Verfügungsfreiheit vorbehaltenen Theil seines Vermögens einen Universalerben berufen hat, so stehen ebenfalls Beide, der Vertragserbe und der Testamentserbe, als direkte Erben neben einander, denn für Beide bestimmt lediglich der Wille des Erblassers die Art der Erbfolge[42]). Demnach fällt die Nothwendigkeit der Akkreszenz vakant gebliebener Erbschaftsquoten bei dem Erbeinsetzungsvertrage hinweg, der Vertragserbe kann nicht mehr als den ihm verschriebenen Theil erhalten. — Das Allgemeine Landrecht geht noch weiter, indem es auch den Intestaterben dem Vertragserben als direkten Universalerben, in Beziehung auf die im Erbvertrage ausgenommene Quote, an die Seite stellt, wenn der Erblasser darüber eine testamentarische Verfügung nicht getroffen hat[43]). Darin ist das Landrecht konsequent, denn nach seinen Grundsätzen beruhet auch die gesetzliche Erbfolge auf dem Willen des Erblassers als letztem Grunde des Erbrechts (§. 3).

„Auch bei der Erbfolge aus Verträgen findet das Recht des Zuwachses statt," sagt das Landrecht[44]). Dabei ist an solche Miterben gedacht, welche in dem Vertrage ernannt worden sind; denn es soll dadurch die Frage entschieden werden: wer in die Stelle eines vor dem Erblasser verstorbenen Vertragserben rücken soll, ob seine Erben, oder die Intestaterben des Erblassers, oder die Miterben aus dem Vertrage. Nach einer Meinung soll die vakante Portion an die Intestaterben fallen; denn da der Vertrag den eingesetzten Erben nur eine Quote zugedacht habe, so lasse sich nicht wohl einsehen, was für ein Grund hier bestehen sollte, die vakante Portion mit Uebergehung der Intestaterben dem übrig gebliebenen Vertragserben zuzuwenden, es fehle ja eben der Grund, welchen das römische Recht für das Akkreszenzrecht mehrerer Testamentserben habe, nämlich die Regel nemo pro parte etc. Das gesetzliche Erbrecht werde freilich durch den

42) Mühlenbruch a. a. O. S. 80—84 u. S. 347, 348; — Beseler a. a. O. S. 279, welcher sich dort Note 50 auf Mühlenbruch beruft und dessen Deduktion folgt. — Vergl. Hartmann a. a. O. S. 62 ff.

43) I, 12, §. 629: „Ist der Erbvertrag nur über einen bestimmten Theil des Nachlasses errichtet: so fällt das übrige Vermögen dem ernannten Testaments- oder in dessen Ermangelung, dem gesetzlichen Erben anheim."

44) I, 12, §. 645.

Erbvertrag beschränkt, aber auch nicht weiter, als nothwendig in dem Geschäfte liege; und wenn es auch eine Zeitlang ausgeschlossen schien, so könne es durch das Wegfallen des Hindernisses doch wieder zur Wirksamkeit gelangen[45]). Diese Deduktion ist nicht schlüssig. Der ausdrücklich gesetzte Fall ist dieser: A und B sind in einem Vertrage zu Erben des C eingesetzt; B fällt vor dem Erwerbe der Erbschaft weg, so daß A nun als einziger Intestaterbe[46]) übrig bleibt; und nun wird gefragt: „Wächst diesem nun die Erbportion des B an, oder fällt sie an den Intestaterben des C?" In dem gegebenen Falle ist davon nicht Rede, daß der Vertrag den eingesetzten Erben nur eine Quote zugedacht habe, welches der Grund zur Ausschließung des Akkreszenzrechts sein soll; A und B sind ja auf das Ganze, beide als Universalerben eingesetzt, der Vordersatz der Konklusion ist also geschichtlich unrichtig. Juristisch unrichtig ist die Voraussetzung, daß die Regel nemo pro parte etc. der alleinige Grund des Akkreszenzrechts mehrerer Testamentserben sei, der wahre Grund ist die Berufung eines Jeden der mehrern Miterben in universum jus. Auch ist es unzutreffend, daß das gesetzliche Erbrecht durch den Erbvertrag nur beschränkt sei, im Gegentheil: es ist ganz ausgeschlossen, A und B sind in universum jus berufen, der ausdrücklich ausgesprochene Wille des Erblassers geht, so lange er vollzogen werden kann, dem stillschweigend erklärten Willen, d. h. der eventuell gesetzlich geordneten Erbfolge vor. — Andere[47]) erklären sich für die Zulassung des Akkreszenzrechts bei Vertragserben, und Beseler hebt besonders hervor, daß dieses auch das Landrecht thue, „obgleich es die Regel nemo pro parte etc. nicht anerkennt." Daß diese Regel weder nach römischem noch nach preußischem Rechte, wie so eben gesagt ist, der Grund des Akkreszenzrechts sei, ist bereits oben des Näheren ausgeführt (§. 43); und es ist keineswegs zutreffend, was Beseler zur Erklärung der landrechtlichen Bestimmung beifügt: „doch muß man hier die Vorschriften, die es (das A. L.R.) über das Recht des Zuwachses bei Testamenten gegeben hat, herbeiziehen, nach welchen dafür nur eine so starke Präsumtion besteht, daß der Testator, um es auszuschließen, es ausdrücklich verbieten muß." Das geht auf die Bestimmung im §. 285 d. T., wo es heißt: „Hat der Testator

---

45) Beseler a. a. O. S. 281; — Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts, II, §. 562, Note 5. — Glück, Komment. Bd. VI, S. 555 u. die Note 92 Angeführten.

46) Soll augenscheinlich „Vertragserbe" heißen.

47) Z. B. der von Beseler angeführte Hommel, Rhaps. quaest. V, 619.

den Zuwachs ausdrücklich verboten, so fällt die erledigte Erbportion jedesmal an die Intestaterben." Dies ist nichts weiter als eine Interpretationsregel für den Willen des Testators: das erwähnte Verbot ist ein sicheres Merkmal, daß die davon Betroffenen nur Legatarien und eigentliche Erben die Intestaterben sein sollen. Das gilt auch bei der Erbfolge aus Verträgen und anderes nicht, die landrechtliche Bestimmung ist in sich durchaus konsequent.

Das Gesagte bezieht sich also auf die in dem Erbvertrage berufenen mehreren Erben. Eine weitere Frage ist jedoch: wie es mit dem Akkreszenzrecht zwischen den aus verschiedenen Delationsgründen, oder vielmehr Verlautbarungsformen des einen Delationsgrundes, nämlich des Willens des Erblassers (§. 3), nebeneinanderstehenden Universalerben sich verhalte, z. B. in dem Falle, wenn A Vertragserbe auf die Hälfte und B Testamentserbe auf die andere Hälfte der Erbschaft sein soll, und A vor dem Tode des Erblassers hinwegfällt. Akkreszirt hier die Hälfte A dem B, oder fällt sie dem Intestaterben zu? Akkreszirt sie dem B nicht, so ist B nur Legatar und der Intestaterbe ist wahrer Universalerbe. Das würde dem Willen des Erblassers, der hier ausschließlich das Bestimmende ist, geradezu widersprechen, denn er hat durch Einsetzung zweier Erben auf das Ganze seines Nachlasses, ohne das Akkreszenzrecht zu verbieten, seine Absicht, ihnen den ganzen Inbegriff seines Nachlasses allein zuwenden zu wollen, deutlich zu erkennen gegeben, und dadurch sind die gesetzlichen Erben für gänzlich ausgeschlossen zu achten[48]). Soweit ist die Nothwendigkeit des Akkreszenzrechts in dem gesetzten Falle geboten.

V. Ueber die dem Vertragserben zustehenden Klagen schweigt das Landrecht, man darf daher auf die Analogie der Klagerechte des Testamentserben zurückgehen. Gemeinrechtlich ist man darüber einerlei Meinung[49]). Diese Klagen sind:

1. Die hereditatis petitio, hier mit dem Zusatze pactitia oder conventionalis genannt[49a]), woraus jedoch keine besondere Natur in dieser Anwendung zu folgern ist, wie es von den Anhän-

---

48) I, 12, §. 254. — Vergl. §. 285.

49) Pufendorf, Observatt. jur., II, obs. 40, §. 2; — Eichhorn, Einleitung §. 344 a. E. (1. A. §. 342) u. die dort Note 1 angeführten Schriftsteller, zu welchen noch Hommel, Rhaps. obs. 320 zu fügen; — Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts (5. A.) §. 454, Num. XVIII; — Beseler a. a. O. S. 291 ff.; — Dieck a. a. O. S. 423; — Buddeus a. a. O. S. 44 unten.

49a) Berger, Oec. jur. I, 3, th. XI.

gern der alten Theorie geschah, da nach der auch im Landrechte herrschenden Lehre sich die vertragsmäßige Erbfolge ihrem Wesen, Grunde und Zwecke nach von der testamentarischen und gesetzlichen überall nicht unterscheidet, vorausgesetzt, daß der Erbvertrag den Berufenen zum wirklichen Universalerben ernennt. Daher ist nicht anzunehmen, daß nach preußischem Rechte die Klage des Vertragserben wegen der Erbschaft nur eine actio personalis gegen den Erben, wie jene wollten [50]), so daß der dritte Inhaber gegen jeden Anspruch sicher ist, vielmehr die Erbschaftsklage sei.

2. Das interdictum quorum bonorum, d. i. die aus der Agnition der bonorum possessio entspringende prätorische Erbschaftsklage kommt unter dieser oder einer anderen Benennung im preußischen Rechte zwar nicht vor, wie das Landrecht sich ja überhaupt von technischen Benennungen völlig befreit hat. Allein nach dem Prinzip derselben kann der Erbe gegen den Besitzer der Erbschaft doch seinen Anspruch auf vorläufige Herausgabe der körperlichen Erbschaftssachen durchsetzen. Dieses Interdikt ist nämlich ein interdictum adipiscendae possessionis und von der gemeinrechtlichen Praxis zu einem provisorischen Rechtsmittel ausgebildet. Die Ansichten über die Natur desselben sind indeß sehr verschieden. Die preußische Gesetzgebung hat an dasselbe ohne Zweifel gedacht bei folgender Verfügung: „Bei Erbschaften, wenn die Gesetze einem Testaments- oder Intestaterben besondere Rechtsmittel, sich vorläufig den Besitz eines liegenden und in Niemandes Besitz befindlichen Nachlasses zu verschaffen, an die Hand geben [51]), so können dergleichen Klagen besonders angestellt und von dem Prozesse über das Erbrecht selbst getrennt werden [52]).“ Daß die allgemeinen Rechtsmittel jedem Erben, mithin auch dem Vertragserben, an den auch in dieser Bestimmung nicht gedacht ist, zustehen, läßt sich nicht bezweifeln.

3. Die Erbtheilungsklage (das judicium familiae erciscundae) ist mit jeder Erbschaftsgemeinschaft verbunden.

4. Das interdictum quod legatorum ist zwar ein dem Testamentserben eigenthümliches Rechtsmittel gegen Legatare, welche

---

50) M. s. z. B. Hommel, Rhaps. quaest. I, 117: „Hereditas ex pacto si petatur, ea non est, ut civilis hereditatis petitio, actio realis, sed personalis tantum adversus promittentis heredes instituenda, utpote ex pacto proveniens“ — Berger, Oec. jur. I, 3, thes. XI: „— actio personalis ad id quod interest, inanis redderetur“ (scil. per alienationem).

51) M. s. A. L.R. Th. I, Tit. 7, §§. 155—158; Tit. 9, §§. 486, 492; Tit. 12, §§. 244—247.

52) A. G.O. I, 5, §. 28.

sich eigenmächtig in Besitz der ihnen vermachten Gegenstände setzen[53]). Allein der Vertragserbe befindet sich den Vermächtnißnehmern gegenüber und im Verhältnisse zur Erbschaft, sowie zu den Nachlaßgläubigern mit dem Testamentserben in ganz gleicher Rechtslage, daher die analoge Ausdehnung dieses Rechtsmittels auf ihn gerechtfertigt ist; auch besteht hierüber unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern keine Meinungsverschiedenheit.

5. Das remedium ex lege ultima Cod. de edicto D. Hadriani tollendo ist gemeinrechtlich nicht außer Zweifel gestellt, aber nur wegen der Formlosigkeit des Erbvertrages und der daraus entspringenden Ungewißheit der Willenserklärung, da dieses Rechtsmittel ein in formeller Hinsicht fehlerfreies Testament voraussetzt und nur in der strengen Testamentsform seine Grundlage hat. Manche fordern daher auch zur Begründung die Aufzeigung eines in unverdächtiger Testamentsform errichteten Erbernennungsvertrags. Im preußischen Rechte kann dieser Zweifelsgrund gar nicht vorkommen.

## §. 75.

### 5. Aufhebung.

Die Aufhebung setzt einen von Anfang rechtsgültig errichteten Erbeinsetzungsvertrag voraus, es bleiben daher von der hier folgenden Erörterung alle die Gründe, aus welchen ein solcher Vertrag von Ursprung an hinfällig ist, wie z. B. wegen mangelnder Testamentifaktion der Parteien, wegen Willens- oder Handlungsunfähigkeit, wegen Willensunfreiheit, Betrugs, wesentlichen Irrthums, oder wegen wesentlicher Formfehler und dergl., ausgeschlossen, indem dieserhalb auf dasjenige, was dieserhalb in Beziehung auf Testamente vorgetragen worden ist (§§. 17 ff. u. §. 65), zurückverwiesen wird. Hierzu ist jedoch noch eine Frage in Beziehung auf wechselseitige Erbernennungsverträge nachzuholen, nämlich die: ob die Hinfälligkeit des Vertrages aus einem solchen Grunde auf der einen Seite die Erlöschung der Kraft desselben auch in Ansehung des anderen Theils zur Folge hat. Das Landrecht berührt die Frage nicht und die wissenschaftliche Lösung derselben hängt davon ab: ob der wechselseitige Erbeinsetzungsvertrag aufgefaßt wird als ein einziges Ganzes oder als eine Urkunde, in welcher zwei Personen, jeder für sich, zwei von einander unabhängige einseitige Erbeinsetzungsverträge errichtet haben. In dem letzteren Falle würde die Ungültigkeit der einen Erbes-

53) A. L.R. I, 12, §. 311. — Vergl. §. 248 ebd.

ernennung, z. B. wegen persönlicher Unfähigkeit des über seine eigene Verlassenschaft Verfügenden, noch nicht die andere Erbeseinsetzung entkräften; der Andere würde selbst nicht zum Widerrufe seiner zum Vortheil des Unfähigen getroffenen Verfügung befugt sein, wenn dieser gültig hätte acceptiren können, da die Ungültigkeit der eigenen Verfügung noch nicht die Ungültigkeit der Acceptation der ihm von dem Anderen angetragenen Erbesernennung zur Folge hat. In dem ersten Falle dagegen ist es außer Frage, daß die Ungültigkeit des Vertrages für den einen Theil die Ungültigkeit auch für den anderen Theil nach sich zieht, weil hier in der Gegenseitigkeit der Konsens wesentlich beruhet, indem die gegenüberstehende Erbesernennung die Bedingung der diesseitigen Einsetzung ist. Das Landrecht spricht sich geradezu nicht darüber aus, wie es die Sache ansieht, wenn die Parteien selbst sich darüber nicht ausgesprochen haben, als worauf es zu allererst ankommt, weshalb hier zunächst eine Willensfrage festzustellen ist. Aber mittelbar gibt das Landrecht zu erkennen, wie der Gesetzgeber darüber gedacht hat. Dasselbe bestimmt, daß, wenn nur ein Theil die Befugniß zum Widerrufe sich vorbehalten hat, dadurch der Andere, ein Gleiches zu thun, noch nicht berechtigt wird; aber, sobald der Erste widerrufen hat, findet in Ansehung des Zweiten die Vorschrift des §. 637, 638 ebenfalls Anwendung [1]). Hier heißt es nun in Beziehung auf einen Erbvertrag, worin beide Theile sich die Befugniß, von dem Vertrage nach Gutfinden abzugehen, vorbehalten haben: „Sobald der eine Theil einen solchen Erbvergleich widerruft, verliert derselbe auch in Ansehung des Anderen seine Kraft. — Hat jedoch der Andere weder seines Orts ausdrücklich widerrufen, noch sonst letztwillig verordnet, so bestehen diejenigen Vermächtnisse, welche von ihm im Erbvertrage andern Personen, als solchen, die mit dem Widerrufenden als Verwandte oder besondere Freunde verbunden sind, ausgesetzt worden [2])." Hierdurch ist der wechselseitige Erbeinsetzungsvertrag als ein untheilbares Ganzes, in Beziehung auf die Paciscenten, anerkannt, indem ausgesprochen ist, daß, wenn der Vertrag für den einen Theil keine verbindende Kraft hat, derselbe eben dadurch auch in Beziehung auf den anderen Theil erloschen ist. Daß diese Bestimmungen sich auf den wechselseitigen Erbvertrag beziehen, obgleich es in dem Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist, ergiebt der Inhalt von selbst, indem bei einer einseitigen Erbesernennung von einem Vorbehalte der Befugniß beider Theile

1) I, 12, §§. 639, 640.

2) Ebenda §. 635 verbunden mit §§. 637, 638.

zum Widerrufe nicht gesprochen werden kann: der Acceptant hat durch seine bloße Acceptation gar nichts versprochen, hat also nichts zu widerrufen. — Diese Erörterung ergiebt zugleich, daß der dadurch festgestellte Grundsatz auch bei solchen wechselseitigen Erbverträgen zur Anwendung kommt, welche, rechtsgültig errichtet, aus einem später eintretenden Rechtsgrunde aufgehoben werden. Dergleichen Rechtsgründe sind die folgenden:

I. Der Widerruf. Der bloß willkürliche, einseitige Widerruf ist nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen, er muß durch besonderen Rechtsgrund gerechtfertigt sein. Welche Gründe sind es, welche den Rücktritt gegen den Willen des Anderen — denn von der wechselseitigen Einwilligung, dem s. g. Dissensus braucht nicht weiter gesprochen zu werden — rechtfertigen? Darüber giebt das Landrecht folgende Bestimmung: „Gerichtliche, auf den Todesfall eingegangene Erbverträge können einseitig nur so, wie Verträge unter Lebendigen, widerrufen werden.[3]" Diese Bestimmung bedeutet etwa soviel wie eine gleiche Bestimmung bezüglich auf die Ehe: „Ehekontrakte können einseitig nur so, wie Verträge unter Lebendigen, widerrufen werden." Sie ist ein Fehlgriff, denn sie stammt aus der verlassenen Lehre von der obligatorischen Natur der Erbverträge, paßt aber gar nicht auf Verträge über die künftige Erbfolge. Die Bestimmung sagt also: Erbverträge auf den Todesfall können einseitig so, wie Verträge unter Lebendigen, also wie Verträge überhaupt, mithin wie obligatorische Verträge nach den allgemeinen Grundsätzen widerrufen werden. Dieses kann geschehen: 1. wegen Unmöglichkeit der Erfüllung[4]); 2. wegen veränderter Umstände[5]); 3. wegen Mangels der Erfüllung von der anderen Seite[6]). Davon paßt nicht ein einziger auf den Erbeinsetzungsvertrag. Klarer ist das österreichische Recht: „Der Erbvertrag kann zum Nachtheile des anderen Gatten, mit dem er geschlossen worden ist, nicht widerrufen, sondern nur nach Vorschrift der Gesetze entkräftet werden[7])." Etwas Anderes kann auch aus der landrechtlichen Bestimmung nicht herauskommen. Dagegen ist unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern die Rede von einem Vorbehalte des einseitigen Widerrufs desjenigen Theils, dessen künftige Verlassenschaft Vertragsgegenstand ist, oder

3) I, 12, §. 634.
4) I, 5, §§. 360 u. flg.
5) Ebenda §§. 377 ff.
6) Ebenda §§. 393 u. flg.
7) Bürgerl. Gesetzbuch §. 1254.

von einem pactum displicentiae, und man streitet über die Zulässigkeit oder Gültigkeit[8]). Die Frage hat das Landrecht aufgenommen, doch auch in einer ungenauen oder nicht korrekten Weise. Es heißt: „Haben beide Theile sich die Befugniß, von dem Erbvertrage nach Gutfinden abzugehen, vorbehalten, so wird das Geschäft nur als ein Testament angesehen[9]).“ Denn von dem Vorbehalte des Widerrufs kann nur in Beziehung auf denjenigen Theil, welcher über seine künftige Verlassenschaft verfügt, gesprochen werden; der bloß acceptirende Theil bedarf, wie schon vorhin gesagt ist, keines Widerrufs, weil er keine Verpflichtung übernommen hat. Auch bei einem wechselseitigen Erbvertrage ist es nicht nothwendig, daß beide Theile sich die Befugniß zum Widerrufe vorbehalten, dieses kann auch der eine Theil allein wirksam thun[10]). Aber es ist mit der Bestimmung etwas Besonderes gemeint. Die Anhänger der alten Ansicht, welche die Testirfreiheit festhielten, machten einen Unterschied, ob der s. g. Dotalvertrag in Form eines Kontrakts abgeschlossen worden sei und also ein gegenwärtiges Recht unter Lebenden, etwa Mitbesitz oder Miteigenthum, begründeten, oder ob eine Beerbung des Erstversterbenden dem Anderen zugesichert wurde. Die erstgedachten Verträge nannten sie pacta dotalia simplicia, welche unbedingt unwiderruflich sein sollten, weil sie in vim contractus geschlossen seien; die zweite Klasse hieß pacta dotalia mixta, welche nach Gutfinden sollten widerrufen werden können, weil sie in vim ultimae voluntatis errichtet worden seien. Von welcher der beiden Klassen der Vertrag in concreto sei, sollte daran erkannt werden, ob man sich des Ausdrucks „erben, Erbschaft“ und ähnlicher bedient habe[11]). Das Landrecht macht in umgekehrter Weise von dieser Lehre Gebrauch; es sagt nicht, wenn von der Beerbung des Erstversterbenden gesprochen werde, so sei sie wie ein einseitiger letzter Wille widerruflich; sondern es sagt umgekehrt: wenn der Widerruf dem über seinen Nachlaß Ver-

---

8) Lauthen, de pactorum nuptialium revocatione licita, eorumque annullatione. Helmstad. 1768. — Zoller, utrum pacta dotalia invita altera parte revocari possunt. Lips. 1770. — J. H. Boehmer, Exercit. ad Pandectas, T. IV, exerc. LXXI, cap. 2, §. 3 — Bolley, Entw. von Gesetzen, S. 314.

9) I, 12, §. 635.

10) Ebenda §. 639: „Hat nur ein Theil die Befugniß zum Widerrufe sich vorbehalten, so wird dadurch der Andere, ein Gleiches zu thun, noch nicht berechtigt.“ Das „noch“ ist überflüssig, denn der Andere erhält überhaupt diese Befugniß nicht. Daß der Erbvertrag durch den Widerruf des vorbehaltenden Theils auch in Beziehung auf ihn unwirksam wird, geschieht ipso jure. §§. 640, 637, 638.

11) Darüber s. m. Boehmer a. a. O. §§. 1 u. 2, wo er auch die Meinungen der Vorgänger vorträgt, ohne sich selbst dazu zu bekennen.

fügenden, also bei wechselseitigen Erbverträgen, beiden Theilen vorbehalten wird, so ist das Geschäft von Anfang an kein Vertrag, sondern ein Testament (9), woraus denn folgt, daß es wie ein solches widerrufen werden kann, was nicht geradezu sondern in der Bestimmung über die Form des Widerrufs ausgesprochen wird, indem sogleich gesagt ist: „Von dem Widerrufe eines solches Erbvertrages gilt eben das, was von dem Widerrufe eines Testaments verordnet ist (§. 587 sqq.)[12]." Hierüber kann auf das oben Vorgetragene (§. 66, I) zurückgewiesen werden.

Nach dieser Darstellung läßt sich der Inhalt der landrechtlichen Bestimmungen über den Widerruf, wie folgt, näher angeben:

1. Wenn in einem einseitigen Erbvertrage der über seinen künftigen Nachlaß verfügende Theil, und in einem wechselseitigen Erbernennungsvertrage beide Theile sich die Befugniß, von dem Erbvertrage nach Gutfinden abzugehen, vorbehalten, so wird das Geschäft von Anfang nur als ein Testament angesehen. In diesem Falle des unbedingten Vorbehalts des Widerrufs ist ein Verzicht auf die Testirfreiheit, im juristischen Sinne gar nicht vorhanden, die Rechtshandlung ist von Anfang ein Testament, bei dessen Errichtung der Berufene zugezogen ist; dessen Acceptation hat gar keine Bedeutung.

2. Ist der Widerruf nur auf eine gewisse Zeit, oder unter einer Bedingung, oder auf einen bestimmten Theil des Nachlasses, oder in einem wechselseitigen Erbvertrage nur von einer Seite vorbehalten, so ist das Geschäft ein Vertrag. In diesem Falle fragt sich, wie es zu halten, wenn der Erblasser innerhalb der Frist oder nur in Beziehung auf den vorbehaltenen Theil des Nachlasses, ohne Verbal-Revokation (§. 66, I, Nr. 2) ein Testament errichtete, welches jedoch aus irgend einem Grunde nichtig wäre. Dann würde es bei der Vertragsbestimmung sein Bewenden haben, weil eine Verbal-Revokation nicht erfolgt und die Real-Revokation nicht gültig ist. Dieser Satz erleidet jedoch die Modifikation nach dem Landrechte, daß, wenn bei dem als solches ungültigen Testamente die Erfordernisse eines Widerrufs anzutreffen sind, der Vertrag doch erloschen und die Intestaterbfolge eröffnet ist[13]). Dieses würde z. B. durch Errichtung eines privilegirten Testaments geschehen können, welches

---

12) I, 12, §. 636.

13) Dieses ist nämlich der Gegensatz des §. 581 a. a. O.: „Wenn bei dem späteren Testamente nicht einmal die Erfordernisse eines gültigen Widerrufs anzutreffen sind, so behält das frühere seine Gültigkeit."

durch Ablauf der für dasselbe bestimmten Frist erloschen wäre: die darin enthaltene Real-Revokation würde stehen bleiben; denn es ist verordnet: „In der Regel kann Jemand nur auf eben die Art, wie er testiren kann, auch die einmal errichtete Disposition widerrufen," nach der allgemeinen Rechtsregel: „omnia, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt [14])." — „Doch kann unter eben den Umständen, und mit eben den Erfordernissen, wie Jemand eine privilegirte Disposition errichten kann, auch eine vorher förmlich und gerichtlich errichtete Verordnung widerrufen werden [15])." Für die Dauer der Gültigkeit des Widerrufs in dieser privilegirten Form ist dieselbe Frist vorgeschrieben, welche für die Gültigkeit eines unter gleichen Umständen errichteten Testaments festgesetzt ist [15a]), auch müssen die für das nach den Umständen privilegirte Testament vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sein.

3. Die Real-Revokation wird auch durch spätere Zurücknahme des Testaments wieder aufgehoben und der Erbvertrag wieder hergestellt, vorausgesetzt, daß derselbe in gerichtlicher Verwahrung aufbehalten worden ist [16]), was bei einseitigem Widerruf wol die Regel sein wird; die Zurücknahme mit Zuziehung und Mitwirkung des Andern würde eine wechselseitige Einwilligung enthalten.

II. Das Landrecht hat über die Aufhebung der Erbverträge folgende besondere Bestimmung:

„Soweit Testamente wegen nicht eintreffender Bedingungen, wegen des von dem Erben verursachten Todes des Erblassers, oder wegen Dazwischenkunft ehelicher Kinder, sowie überhaupt durch Zufall entkräftet oder vereitelt werden; soweit werden unter eben den Umständen auch Erbverträge rückgängig. (§. 478 bis 518, §§. 599, 600, 601, 563.)" [16a])

Diese Bestimmung erfordert eine nähere Betrachtung in ihren Einzelnheiten:

1. Die vertragsmäßige Erbeseinsetzung kann, gleich der testamentarischen, unter aufschiebenden, oder unter auflösenden, oder unter verschiedenen Bedingungen geschehen, wie die Verweisung auf die §§. 478—518 besagt. Hinsichtlich der Erfüllung derselben und der Folgen der Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingungen, sowie

14) L. 100 D. de regulis juris (L, 17).
15) A.L.R. I, 12, §§. 587, 588.
15a) Ebenda §§. 636 u. 590.
16) Ebenda §. 582.
16a) Ebenda §. 647.

auch in Betreff des aufgelegten Zweckes, soll hier eben dasselbe gelten, was darüber bei Testamenten in den bezeichneten Paragraphen verordnet ist, auch Zeitbestimmungen haben hier die gleiche Bedeutung und Wirkung. Dieserhalb kann auf die §§. 22—27 zurückgewiesen werden.

2. Wegen des von dem Erben verursachten Todes des Erblassers wird auf die §§. 599, 600 verwiesen. Hier wird von einem Indignitätsfall gehandelt, nämlich von dem Fall, wenn der Erbe oder Legatar den Tod des Erblassers verursacht hat. Dann soll dieser Erbe oder Legatar den ihm zugedachten Vortheil, auch ohne ausdrücklichen Widerruf, wieder verlieren. Dieser Fall ist kein Aufhebungsgrund für die letztwillige Verfügung oder den Erbvertrag, vielmehr ist derselbe mit dem Tode des Erblassers bereits erfüllt, der Erbe oder Legatar ist bereits Eigenthümer des ihm zugewendeten Vortheils geworden und bleibt es auch, wenn er ihm nicht wieder entzogen wird. Von diesem Falle wird unter den Gründen, aus welchen Jemand eine bereits erworbene Erbschaft oder Zuwendung wieder verlieren kann (unten, im dritten Buche, Abschnitt 2), gehandelt werden. Hier genügt die Bemerkung, daß auch der Vertragserbe der Exeption wegen Undanks ausgesetzt ist, worüber unter den gemeinrechtlichen Juristen kein Einverständniß besteht.

3. Wegen Dazwischenkunft ehelicher Kinder ist auf den §. 601 verwiesen, wo es heißt: „Wie es zu halten sei, wenn bei dem Ableben des Testators Kinder vorhanden sind, auf welche in dem errichteten Testamente keine Rücksicht genommen worden, ist gehörigen Orts vorgeschrieben." Dabei ist auf Th. II, Tit. 2, Abschnitt 5 Bezug genommen. Die Frage ist daher zu eng gestellt; sie bezieht sich nicht lediglich auf eheliche Kinder, sondern auch auf uneheliche Kinder der Frauenspersonen, sowie auf Kinder einer sogenannten Hausfrau, welche sie in der Ehe zur linken Hand geboren hat, kurz auf Kinder, welche von dem Erblasser einen Pflichttheil zu fordern haben und im Testamente übergangen sind. Nach dem neben dem §. 601 befindlichen Marginale: „wegen nachgeborner Kinder", bezieht sich die Bestimmung zwar auf nachgeborene; dennoch betrifft sie die Folgen der Verletzung des Notherbenrechts in Beziehung auf einen Erbeinsetzungsvertrag überhaupt, denn das Landrecht stellt den Erbeseinsetzungsvertrag und das Testament in Beziehung auf das Notherbrecht gleich [17]). Dasselbe bestimmt:

17) Ebenso das österr. Ges.-B. §. 1254: — „Den Notherben bleiben ihre Rechte, wie gegen eine andere letzte Anordnung, vorbehalten."

„Auch durch Verträge kann die Erbfolge der Kinder bestimmt werden. — Dergleichen Verträge, welche die Eltern unter sich, oder mit einem Dritten geschlossen haben, müssen die Kinder sich gefallen lassen, in sofern sie dadurch in dem aus dem künftigen Nachlasse der Eltern ihnen gebührenden Pflichttheile nicht verkürzt werden. — Auch mit den Kindern selbst können Eltern dergleichen Erbverträge schließen [18].“

Ueber den Punkt der Gleichstellung beider Formen der Erbesernennung in der in Rede stehenden Beziehung stimmen auch die gemeinrechtlichen Juristen überein, die Meinungen gehen nur darüber auseinander, in welcher Weise das Notherbrecht auf den Erbeinsetzungsvertrag einwirkt. Eine Partei will den Erbvertrag aufrecht gehalten wissen und dem Verletzten nur eine Klage auf den Pflichttheil geben; die andere will den Vertrag hierin gerade so wie ein Testament behandeln, den Vertrag umstoßen und die gesetzliche Erbfolge eröffnen. Das Landrecht erklärt sich hierüber nicht ausdrücklich.

a) Was die Fälle betrifft, wo der Notherbe nicht gehörig berücksichtigt worden ist, also diejenigen, in welchen die Römer das Testament injustum oder inofficiosum nennen, so sagt das Landrecht ([18]): die Kinder müssen sich Erbverträge, welche die Eltern unter sich, oder mit einem Dritten geschlossen haben, gefallen lassen, *insofern sie dadurch in dem ihnen gebührenden Pflichttheile nicht verkürzt werden*. Der Gegensatz ist: sie brauchen sich den Vertrag nicht gefallen zu lassen, insofern sie dadurch verkürzt werden. Worin soll das „sich nicht gefallen lassen“ hier bestehen? Man kann darunter die Umstoßung des ganzen Vertrages verstehen, wie es eine Partei der gemeinrechtlichen Juristen will; man kann es auch als theilweise Anfechtung auffassen, nämlich nur soweit, als er den Notherben von dem ihm gegen den Willen des Erblassers gebührenden Erbrecht ausdrücklich oder stillschweigend ausschließt, so daß der Notherbe sich mit seinem vollen Notherbenrechte ex lege neben den Vertragserben stellt und diesen nur soweit, als es zur Einnehmung dieser Stellung nöthig ist, verdrängt. Daß die zweite Auffassung die dem Willen des Gesetzgebers entsprechende sei, läßt sich zwar aus den Gründen der auf dieser Seite stehenden gemeinrechtlichen Juristen nicht nachweisen; denn sie wollen von dem sonst anerkannten römischen Rechtsgrundsatze nur aus singulären Gründen hier abgehen, nämlich weil die Analogie der donatio in-

---

18) II, 2, 481—483.

officiosa, also ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, d. h. kein analoges, dafür sei, und weil die Vorschriften des römischen Rechts über die Art, wie der Pflichttheil im Testamente hinterlassen werden muß, und über die Folgen der Präterition und ungerechten Enterbung durchaus singuläre Bestimmungen seien, welche man auf den deutschen Erbvertrag nicht zu übertragen brauche, wenn man auch im Allgemeinen das Recht des Notherben für ihn anerkenne [19]) — Gründe, welche im preußischen Rechte nichts für diese Meinung beitragen, weil der Grundsatz, welcher dadurch beseitigt werden soll, nach preußischem Rechte gar nicht gilt. Aber eben daraus folgt die Richtigkeit der zweiten Alternative aus dem landrechtlichen Prinzip, daß der vernachlässigte Notherbe nur seinen Pflichttheil, beziehungsweise dessen Ergänzung fordern kann, weil aus der Vernachlässigung des Notherben weiter nichts folge, als daß diese beseitigt und die Verfüguug nur soweit, als es dazu nothwendig sei, aufgehoben werde. Daß bei Erbverträgen ein anderes unbekanntes Prinzip zur Anwendung kommen solle, dieses anzunehmen fehlt jeder Anhalt. Ein sekundärer Grund für die Richtigkeit der zweiten Alternative ist der Ausdruck des Gesetzes „insofern". Nur insofern sie durch den Erbvertrag im Pflichttheil verkürzt werden, brauchen sie sich denselben nicht gefallen zu lassen, weiter hinaus reicht ihr Beseitigungsrecht nicht. — Nachdem hiermit der Nachweis geführt worden sein wird, daß die Verletzung des Notherbenrechts durch einen Erbvertrag auf diesen durchaus nicht anders einwirkt, als auf ein Testament in dem gleichen Falle, darf hier auf das, was darüber oben (§. 65, III, Nr. 2) vorgetragen ist, verwiesen werden. — Was in Ansehung der Kinder hiernach gilt, das findet auch auf andere Pflichttheilsberechtigte (Ehegatten, Ascendenten), deren nicht besonders gedacht ist, Anwendung.

b) Das Eintreten einer in dem Erbvertrage nicht berücksichtigten Person in das Verhältniß eines Pflichttheilserben zu dem über seinen künftigen Nachlaß verfügenden Paciscenten hat dieselben Folgen, wie bei einem Testamente unter den gleichen Umständen. Darüber wird auf den §. 66, III Bezug genommen.

c) Die Adoption und Legitimation nach Errichtung des Erbvertrages kann auf diesen gar keinen Einfluß haben, weil diese Rechtshandlungen lediglich in der Willkür des Verfügenden beruhen und dem einseitigen unberechtigten Widerrufe gleichstehen. Der

---

19) Ueber die Würdigung dieser Gründe s. m. Beseler a. a. O. S. 295 u. flg. Beseler steht auf der anderen Seite.

Adoptirte und Legitimirte können daher gegen den Vertragserben keinen Pflichttheil in Anspruch nehmen, noch weniger wird durch diese Handlungen der Erbvertrag ganz rumpirt.

4. Durch Zufall soll der Erbvertrag ebenso entkräftet oder vereitelt werden, wie ein Testament. Dazu ist auf den §. 563 verwiesen, wo es heißt: „Soweit jede Willenserklärung durch — — Zufälle vereitelt wird, verliert auch ein Testament — seine rechtliche Wirkung.“ Etwas Bestimmtes erfahren wir dadurch nicht. Als ein solcher Zufall wird weiterhin der Untergang oder Verlust des Testaments bezeichnet [20]; indeß wird dadurch das Testament nicht absolut wirkungslos, sondern nur, insofern dessen Inhalt nicht durch einen vollständigen Beweis festgestellt werden kann. Das ist denn auch in Betreff eines in Verlust gekommenen Erbeinsetzungsvertrages Rechtens. Aber hier kommt ein anderer Zufall, nämlich der Tod des Berufenen vor dem Erblasser besonders in Betracht. Bei einem Testamente ist es unbestritten, daß, wenn der eingesetzte Erbe den Erblasser nicht überlebt, die Erbeseinsetzung vereitelt ist. Bei dem Erbvertrage sind die gemeinrechtlichen Juristen darüber nicht einerlei Meinung. Der Streit bewegt sich um die Frage: ob der vorversterbende Vertragserbe sein Recht aus dem Vertrage auf seine Erben vererbe (transmittire), oder ob der Vertrag, wenigstens im Punkte der Erbesernennung vereitelt sei. Unberührt von dieser Kontroverse bleibt der wechselseitige Erbvertrag. Denn dieser ist ja ausdrücklich darauf gerichtet, daß der überlebende Theil der Erbe des Erstversterbenden werden solle; der Erstversterbende kann also andere Erben nicht haben, als den Ueberlebenden. Das spricht denn auch das Allgemeine Landrecht ausdrücklich aus: „Aus einem wechselseitigen Erbvertrage erlangt nur der Ueberlebende ein Erbrecht; und die Erben oder Nachkommen des Erstverstorbenen haben in soweit auf den künftigen Nachlaß des Ueberlebenden keinen Anspruch [21].“ Das „insoweit“ soll den Anspruch, welchen der Ueberlebende etwa seinerseits den Nachkommen des Erstversterbenden auf seinen Nachlaß in dem Erbvertrage eingeräumt hat, vorbehalten. — Aber wie steht es bei dem einseitigen Erbvertrage [22]? Die Anhänger der Mei-

20) I, 12, §. 602.

21) Ebenda §. 631.

22) Ueber diese Frage ist die Literatur zahlreich. Bis auf Hagemann findet sie sich in v. Bülow u. Hagemann, Erorterungen, Bd. IV, Nr. 71, Note e verzeichnet. Ausführlich ist die Frage auch von Beseler a. a. O. S. 304 u. flg. erörtert; er selbst ist gegen die Vererbung des Rechts des Erststerbenden aus dem Vertrage, weil dieses Recht, ein bloßer Delationsgrund, nicht in bonis ist.

nung, welche den Erbeinsetzungsvertrag für einen Vertrag mit obligatorischen Wirkungen halten und daraus ein jus in hereditatem quaesitum, in heredes transmissorium entspringen lassen [23]), behaupten den Uebergang auf die Erben des vor dem Erblasser verstorbenen Vertragserben, weil vertragsmäßige Rechte sich immer vererbten. Die Anhänger der neuen Doktrin, nach welcher die vertragsmäßige Erbesernennung wesentlich nichts anderes, als was die testamentarische Einsetzung enthält, giebt, lassen den Erbvertrag durch den vor dem Erblasser eintretenden Tod des Vertragserben erlöschen, weil ein bloßes Erbrecht seiner Natur nach erlöschen müsse, sobald der Erbe nicht den Erblasser überlebt. Der Erbvertrag ertheile zwar das Erbrecht unwiderruflich, aber er sei ein negotium mortis causa, das zugesicherte Erbrecht mithin dadurch bedingt, daß derjenige, welcher es zusichert, vor dem damit Bedachten mit Tode abgehe; denn dieser Bedachte in Person, und nicht dessen Erbe solle ihn beerben, falls es nicht ausdrücklich verabredet sei, daß z. B. dessen Kinder für den eventuellen Fall an dessen Stelle treten sollen [24]). Hiernach würde das Nichteintreten des Erbeserben nur als ein Naturale des Geschäfts zu betrachten sein, von welchem im einzelnen Falle das Gegentheil entweder nach ausdrücklicher Verabredung [25]) oder nach Umständen auch stillschweigend [26]) eintreten könnte; es fehlt aber auch nicht an Vertretung der Meinung, daß das Nichteintreten des Erben als ein Essentiale des Erbvertrages anzusehen sei [27]). Dieser Unterschied ist praktisch nicht wichtig.

Was das preußische Recht betrifft, so übergeht das Landrecht die wichtige Frage, wenn man nicht in der Bestimmung, daß durch Zufall Erbverträge gerade so vereitelt werden können, wie Testamente ([16a]), und dann in dem ganz allgemeinen Satze: „Sobald der Erblasser verstorben oder für todt erklärt ist, fällt die Erbschaft an denjenigen, welchen rechtsgültige Willenserklärungen — des Erblassers dazu berufen [28])", die Entscheidung derselben im Sinne der neuen Doktrin finden will. Dieses wird man aber nicht

23) Wie z. B. J. H. Boehmer, Exercitt. ad Pandectas, Tom. II, exerc. 31, cap. 2, §. 7, Num. 7 u. 10.

24) Hasse a. a. O. S. 200; Beseler a. a. O. S. 308 u. die dort namhaft gemachten Schriftsteller; auch Albrecht a. a. O. S. 338.

25) Dies nimmt z. B. Eichhorn, Einleitung (1. A.) §. 342 an.

26) Das französische Recht nimmt immer eine substitutio tacita der Kinder des Vertragserben an. Code civil art. 1082. Vergl. Merlin, Repert. a. a. O. §. 12, Num. VIII, IX.

27) Beseler a. a. O. S. 307 mit Hasse a. a. O.

28) A. L.R. I, 9, §. 367.

abweisen können, da unter dem allgemeinen Ausdrucke: „Willenserklärungen des Erblassers" auch Erbverträge begriffen werden [29]), und nirgend ein Anhalt für die entgegengesetzte Meinung, daß die Erben des vorverstorbenen Vertragserben von Rechtswegen an dessen Stelle treten, gegeben ist. In dem §. 631 d. T. soll ein solcher Anhalt zu finden sein, womit man von dieser Seite die Ansicht der Anhänger jener ältern Auffassung des Erbvertrages auch für das preußische Recht hat zur Geltung bringen wollen. In einem Appellationserkenntniß des ehemaligen Breslauer Oberlandsgericht vom J. 1838 wird in Beziehung auf die streitige Frage: ob der Vertragserbe sein Recht auf seine Erben transmittire, wenn er vor dem Erblasser stirbt, gesagt: „Rechtsregel ist, daß Rechte aus Verträgen auf die Erben übergehen. Diese Regel erkennt auch das A. L.R. an, denn es bestimmt im §. 415, Tit. 5, Th. I: „Die Rechte und Pflichten aus Verträgen werden durch den Tod des einen oder des anderen Kontrahenten in der Regel nicht geändert, sondern gehen auf die Erben über", und im §. 362, Tit. 9: „Rechte und Pflichten aus Verträgen werden in der Regel den Erbschaften beigerechnet." (Der Appellationsrichter geht also, wie jene Alten, von der petitio principii aus, der Erbvertrag sei ein obligatorischer Vertrag, und das darin dem Acceptanten zugeschriebene künftige Erbfolgerecht sei in bonis. Dann wird fortgefahren:) „Nur unter den Erbverträgen giebt es eine Klasse, welche nach der Natur der Sache eine Ausnahme machen muß. Dies sind die wechselseitigen Erbverträge, denn jeder Kontrahent ist ja eben dem Andern zum Erben ernannt. — Bei einseitigen Erbverträgen aber liegt in der Sache kein Grund zu einer solchen Ausnahme von der Regel, und deshalb macht das A. L.R. dieselbe wirklich auch nur bei wechselseitigen Erbverträgen; denn es verordnet im §. 631, Tit. 12, Th. I: „Aus einem wechselseitigen Erbvertrage erlangt nur der Ueberlebende ein Erbrecht, und die Erben oder Nachkommen haben in soweit auf den künftigen Nachlaß des Ueberlebenden keinen Anspruch." Des einseitigen Erbvertrags wird hier nicht gedacht, folglich bleibt es hinsichtlich desselben bei der Regel [30])." Allein der Zusammenhang mit dem folgenden §. 632 ergiebt, daß der §. 631 keineswegs ein Gegensatz zu den einseitigen Erbverträgen hinsichtlich der Transmission des Erbfolgerechts des vorversterbenden Vertragserben auf

29) Der Tit. 4, Th. II der A. G.O. handelt „von dem Verfahren bei Aufnehmung der Testamente u. anderer letztwilliger Verordnungen", und kommt unter dieser Ueberschrift im §. 15 auf die Erbverträge.

30) Schlesisches Archiv, Bd. III, S. 569.

seine Erben sein soll, sondern die Bestimmung bezweckt, den Gegensatz des gewöhnlichen Erbvertrages zu den Familienfideikommissen hervorzuheben; denn der §. 632 bestimmt gegensätzlich: „Ist aber in dem Vertrage die Erbfolgeordnung nicht bloß zwischen den Kontrahenten, sondern auch in Ansehung ihrer Erben oder Nachkommen bestimmt: so ist eine solche Verordnung — nach den Regeln der Fideikommisse und fideikommissarischen Substitutionen zu beurtheilen.“ Der §. 631 sagt also nur, daß in dem gewöhnlichen wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrage von selbst keine fideikommissarische Anordnung enthalten sei, daß also der Ueberlebende, welcher natürlich den Vorverstorbenen beerbt, die ererbte Verlassenschaft desselben nicht etwa als Fiduziarerbe den Erben des Vorverstorbenen dereinst zu restituiren habe, sondern daß es bei der Regel bleibe, wenn über das weitere Schicksal der Erbschaft nach dem Tode des erbenden Letztlebenden nichts weiter bestimmt sei. Der §. 631 enthält mithin nur eine Anwendung der Regel auf den einfachen wechselseitigen Erbeseinsetzungsvertrag, um etwaigen künftigen Ansprüchen der gesetzlichen Erben des Erstverstorbenen auf den dereinstigen Nachlaß des Letztsterbenden vorzubeugen [31]. Klarer hätte der Gedanke freilich können ausgedrückt werden [32].

Hat der Ueberlebende seinerseits für den Fall, daß er den Anderen beerben sollte, dessen gesetzlichen Erben oder dessen Verwandten Rechte auf die ererbte Verlassenschaft zugesichert, welche der Vorversterbende natürlich mit acceptirt hat, so ist dies der Fall, auf welchen der Ausdruck des §. 631 „insoweit“ zu beziehen ist.

5. Zufällig wird der Erbvertrag im Punkte der Erbeseinsetzung auch vereitelt, wenn der Vertragserbe durch Ausschlagung der Erbschaft den Vertrag rumpirt. Die darin ausgesetzten Vermächtnisse gehen dann passiv auf den eventuellen Testamentserben, oder in dessen Ermangelung auf den Intestaterben über. Bei einseitigen Erbverträgen ist die Sache einfach. Näherer Betrachtung bedürfen die wechselseitigen. Vorausgesetzt wird der Fall, daß jeder Theil außer der Erbeinsetzung des Anderen auch dritte Personen bedacht habe.

31) Vergl. das Erk. des Obertr. vom 22. Januar 1846 (Ulrich, Archiv, Bd. XIII, S. 125); u. Beseler a. a. O. S. 309, wo er die Bestimmung des §. 631 in demselben Sinne auffaßt und erklärt.

32) Das öst. G.B. ist darin bestimmter. Es sagt §. 1252 über diese Frage: — — „Das Recht, welches daraus (aus dem Erbvertrage) entsteht, setzt den Tod des Erblassers voraus; es kann von dem Vertragserben, wenn er den Erblasser nicht überlebt, weder auf Andere übertragen, noch der künftigen Erbschaft willen eine Sicherheit gefordert werden.“

a) Mit der Verfügung des Erstversterbenden verhält es sich nun so: Der eingesetzte Erbe schlägt die Erbschaft aus, die Erbeseinsetzung ist dadurch vereitelt, die Erbschaft fällt also dem eventuell eingesetzten Testamentserben oder dem Intestaterben zu und auf diesen gehen auch die Vermächtnisse, welche Dritten, die dem Vertrage nicht beigetreten sind, ausgesetzt sind, passiv über, denn diese bleiben als einseitige letztwillige Verfügungen, nach Analogie der Intestatkodizille, in Kraft[33]).

b) Des Ueberlebenden Verfügung ist dadurch, daß der eingesetzte Erbe vor ihm verstorben ist, zufällig vereitelt in Betreff der Erbeseinsetzung. Stirbt er ohne neue letztwillige Verordnung oder Widerruf, so verbleibt es bei seiner Verfügung im Erbvertrage, mit Ausnahme der vereitelten Erbeseinsetzung; an die Stelle des Vertragserben tritt der Intestaterbe und dieser muß die ihm zur Last fallenden Legate entrichten.

## §. 76.

### II. Von dem Vermächtnißvertrage.

I. Begriff und Geltung. Die Nachfolge in dem von einem Verstorbenen hinterlassenen Vermögen kann bekanntlich, wie man sagt, per universitatem oder in singulas res geschehen, und die Art, wie im konkreten Falle hiernach geschehen soll, kann, wie heutzutage feststeht, entweder durch einseitige Willenserklärungen (Testament oder Kodizill), oder durch Vertrag bestimmt werden. Wie nun die einseitige Willenserklärung, welche die erste Art der Nachfolge bestimmt, Testament, diejenige, welche die zweite Art anordnet, Kodizill genannt ist, so hat man auch die Erbverträge nach ihrem Gegenstande, je nachdem darin eine Universalerbfolge, oder eine Nachfolge nur in einzelnen Gegenständen nach dem Tode des Erblassers angeordnet worden, in zwei Klassen getheilt und die erste Klasse, betreffend die Universalsuccession, nach Hasse „Beerbungsvertrag", nach Beseler „Erbeinsetzungsvertrag", auch wol „Erbernennungsvertrag" benannt und im Gegensatze davon die andere Klasse nach Hasse mit dem Namen „Vermächtnißvertrag"[1]), häufiger noch als particulären oder singulären Erbvertrag bezeichnet. Die herrschende Lehre versteht nun unter dem Vermächtnißvertrage einen solchen mit dem Begünstigten geschlossenen Vertrag, der allein die Errichtung von Vermächtnissen, keine Erbesernennung zum Gegenstande

33) I, 12, §. 646.

1) Rheinisches Museum, Jahrgang II, S. 150.

hat, gleich einem Intestatkodizill, so, „daß der Partikularerbvertrag sich in eben dem Maße und mit eben den Modifikationen den Vermächtnissen anschließt, wie der Universalerbvertrag dem Testamente“ [2]). Der Belastete ist hier der künftige Erbe des Promittenten, er sei Erbe unter welchem Titel immer. Der wesentliche Unterschied von dem entsprechenden Intestatkodizill wird hier wie bei dem Universalerbvertrag in die Unwiderruflichkeit gesetzt. Die rechtliche Existenz eines solchen Rechtsgeschäfts wird von Beseler bestritten [3]). Für unsere Aufgabe ist es unumgänglich, die Gründe und Gegengründe dieser Existenzfrage für das Institut kennen zu lernen; weil die Frage unser praktisch geltendes Recht berührt. Beiderlei Gründe lernen wir aus den Widerlegungen der Beseler'schen Behauptung kennen. Der erste Bekämpfer derselben ist Albrecht [4]). Dieser sagt: „Gesetzt, die Existenz der Erbverträge — stehe nach der Ansicht des Verf. fest, so scheinen uns andererseits die Gründe, aus welchen er die Partikularverträge davon ausnimmt, nicht zutreffend. Sie bestehen — darin, daß erstlich das heutige gemeine Recht eine Beerbung nur in der Form der Universalsuccession kenne, und zweitens, daß die bisherigen Versuche, den Partikularvertrag zu konstruiren, mißlungen seien. Das Beweisende des ersten Grundes soll darin liegen, daß der Gegenstand des Erbvertrages das Erbrecht und nicht der Nachlaß, also auch nicht ein einzelnes Stück desselben sei. Diese Unterscheidung — scheint uns in der Beschränkung des Erbvertrages auf Universalsuccession eine petitio principii zu sein. Was hindert uns, zu sagen: Erbverträge seien, ihrer Wirkung nach betrachtet, eben das in der Gestalt eines unwiderruflichen Rechts, was die letztwilligen Verfügungen in der Gestalt einer bloßen Hoffnung, und somit neben dem Universalvertrage einen Singularvertrag zu statuiren, der dem Legate gerade so parallel geht, wie jener dem Testamente? — Mit dem zweiten obigen Grunde will der Verf. unstreitig so viel sagen, daß der Partikularerbvertrag nicht so, wie der Universalerbvertrag, eine communis doctorum opinio für sich habe. Allein die Divergenz der Ansichten hinsichtlich des erstern bezieht sich doch nur auf die juristische Natur desselben, keinesweges auf dessen Existenz und Gültigkeit, die vielmehr nur von einigen Wenigen bestritten wor-

2) Albrecht, in Richter u. Schneider kritischen Jahrb. Bd. XI, S. 334.

3) Erbverträge, II, Bd. 1, S. 22—24; S. 213—228, Bd. 2, S. 109—122. — Gerber, deutsches Privatrecht, §. 257 Anm. 5, tritt ihm bei, indem er das Institut für eine wesenlose Erfindung der Theorie erklärt.

4) In Richter u. Schneider a. a. O. S. 324 ff.

den ist. Mag man daher immerhin mit dem Verf. behaupten können, einen selbstständigen „Vermächtnißvertrag" kenne die deutsche Jurisprudenz erst seit Hasse, so bezieht sich das doch nur auf die Konstruktion desselben, die ihn als ein in der Form des Vertrages dem Legat korresondirendes Geschäft auffaßt, für welche dann jener Name ganz passend von Hasse erfunden ist." — Der andere Bekämpfer Beseler's, Hartmann[5]), sagt im Wesentlichen: „Offenbar hat sich Beseler von vornherein durch eine falsche Stellung der betreffenden Frage die Unbefangenheit des Blicks getrübt. Er formulirt dieselbe nämlich immer dahin: ob der Erbeinsetzungsvertrag einzelne Sachen zum Gegenstande haben und daher eine Singularsuccession begründen könne. Das mußte er denn, streng genommen, allerdings verneinen, da ja jede wahre Erbeinsetzung ihrem Begriffe nach eine successio in universum jus zur Folge hat, also hier von Anfang an etwas sich selbst Widersprechendes gesetzt schien. Abgesehen von dieser selbstgeschaffenen Schwierigkeit — wird gegen die Existenz eines wirklichen Vermächtnißvertrages nur noch geltend gemacht, daß überhaupt Vermächtnisse, welche nicht an eine allgemeine letztwillige Disposition sich anschlössen, an einer gewissen Unbestimmtheit und Haltlosigkeit litten, und daß man sie als vertragsmäßige für formlos würde erklären müssen, endlich, daß das Institut in diesem Sinne erst durch Hasse in die Theorie eingeführt sei." Die beiden ersten Behauptungen werden für grundlos erklärt, und die letztere sei nicht mehr wahr, als auch rücksichtlich des (Beseler'schen) Erbeinsetzungsvertrages. — Für die preußische Jurisprudenz sind die beiden ersten Behauptungen ganz unzutreffend, denn das Landrecht erkennt letztwillige Verordnungen über einzelne Sachen ohne Anschluß an eine allgemeine letztwillige Disposition an und schreibt für Erbverträge eine bestimmte Form, wovon freilich das Gemeine Recht nichts weiß, vor. Zum Schluß dieser Frage mag noch angeführt werden, was Hasse selbst zum Nachweise der Existenz des Partikularvertrags in seinem Sinne sagt: „Und ferner, wir hätten dann in unserem Rechte gar keinen singulären Erbvertrag, denn was man so nennen könnte, wäre nichts weiter, als eine unwiderrufliche mortis causa donatio, mit einigen einheimischen Sonderbarkeiten[6]), die sich auch bald partikulär genug ausweisen wür-

5) Zur Lehre von den Erbverträgen, S. 74 ff.

6) Dies ist gegen Eichhorn gerichtet, welcher dem Acceptanten ein sofort wirksames Recht an der Sache zuschreibt, und annimmt, daß dies von der Form der Uebertragung des Gesammteigenthums in das heutige Recht herübergenommen und nun ohne diese Form anzuwenden sei, es sei denn daß zur Erwerbung eines

den. Dadurch würde denn aber der Rechtsstoff, wie er wirklich vorhanden ist, nur verkürzt. Denn weshalb sollte man, wenn man sich einen Erben durch Vertrag ernennen kann, diesem nicht auch, wie es schon so oft geschehen ist, durch Vertrag Vermächtnisse auflegen, und solche dem Legatar durch Vertrag zusichern, also das erreichen können, was wir — einen Vermächtnißvertrag genannt haben? Weshalb sollte es hier nicht die Absicht sein können, den Legatar gerade in dasselbe Verhältniß zu seinem Erben und zur Erbschaft zu setzen, wie einen testamentarischen Legatar, abgesehen davon, daß man die Ernennung nicht zurücknehmen darf? Kann man nun aber dies ausrichten, wenn man es will, und man kann es gewiß, warum soll dies denn auch nicht allemal die Regel sein, sobald man nichts weiter that, als daß man mit dem Andern durch Vereinbarung ausmachte, er solle die Sache nach unserm Tode aus unserer Erbschaft haben, — deutlicher: mein Erbe soll dir das aus meinem Nachlasse geben, diese Zusicherung wird angenommen. Kein eigentliches Versprechen, um eine Obligation selbst zu übernehmen, die aber erst nach unserm Tode eingefordert werden kann, ist dies. Auch keine Tradition geschieht hier. Schon durch jene Möglichkeit, es so zu machen, wird der Rechtsstoff gegen Verkürzung gesichert; indem wir aber die Wirklichkeit konstatiren, verkürzen wir ihn hier nicht [7])."

Das Allgemeine Landrecht erkennt die Geltung des Vermächtnißvertrages in folgenden Stellen an:

„Nur solche Sachen und Rechte, worüber Jemand durch einen letzten Willen zu verfügen berechtigt ist, kann er Anderen durch Erbverträge zuwenden [8])."

„Ist der Erbvertrag nur über einen bestimmten Theil des Nachlasses errichtet — [9])."

„Der Theil des Vermögens, welchen die Ehefrau dem Manne auf den Todesfall durch Vertrag aussetzt, heißt das Ehevermächtniß. — Ist dem Manne eine bestimmte Sache oder Summe zum Ehevermächtnisse beschieden, so wird er, in Beziehung auf die Erben der Frau, als Legatarius angesehen [10])."

---

Rechts an unbeweglichen Sachen eine gerichtliche Handlung gehöre, dann dürfe diese nicht fehlen. Unten, Text zur Note 13.

7) Rheinisches Museum, Jahrgang III, S. 20.

8) I, 12, §. 620.

9) Ebenda §. 629.

10) II, 1, §§. 452, 454.

„Wenn es nach der Fassung des Erbvertrages zweifelhaft ist: ob der überlebende Ehegatte durch die darin ausgeworfene Summe oder Sache abgefunden, oder ob ihm selbige nur vorausbeschieden sein solle: so streitet die Vermuthung für Ersteres [11]."

Hierüber besteht auch in der Praxis kein Zweifel. In einer Anfrage der ehemaligen Oberamtsregierung zu Breslau wird ausgeführt: „Das A. L.R. I, 12, §§. 620 u. 629 verordnet gar nicht, daß nur alsdann ein Erbvertrag vorhanden sei, wenn der Gegenstand eines solchen Vertrages die ganze Verlassenschaft, oder pars quota derselben ist, vielmehr ergiebt sich aus dieser Verordnung, daß einzelne Sachen und Rechte oder ein bestimmter Theil des Nachlasses der Gegenstand eines Erbvertrages sein können. Diese Meinung wird auch durch die Vorschriften des A. L.R. II, 1, §§. 439—480 ([11]) bestätigt, indem hier das Ehevermächtniß und Gegenvermächtniß als der gewöhnliche Gegenstand eines Erbvertrages unter Eheleuten erwähnt und keine Ausnahme gemacht wird, wenn das Ehevermächtniß oder Gegenvermächtniß in einer bestimmten Summe oder Sache besteht. Ein Erbvertrag ist aber keine Schenkung." — „Der Erbvertrag findet nicht nur über die ganze Verlassenschaft, oder über partem quotam derselben, sondern auch über eine bestimmte Sache oder Summe statt." Diese „ausgeführte Auslegung" wird in dem darauf ergangenen Hofreskript für richtig erklärt [12]).

II. Wirkung. Ueber die Wirkung der Zuwendung einzelner Gegenstände von Todes wegen ist man auch verschiedener Meinung, je nachdem man die Geltung eines Vermächtnißvertrages in unserm Sinne annimmt, oder das Geschäft als ein negotium inter vivos ansieht, welches ein gegenwärtiges Recht erzeugt, welches nur bis zum Tode vertagt sei. Eichhorn sagt:

„Sofern eine einzelne Sache der Gegenstand des Vertrages, überträgt er auch noch jetzt ein sofort wirksames Recht an dieser selbst, kraft dessen der Vertragserbe das Eigenthum mit dem Tode des Erblassers erwirbt und sie daher von jedem Dritten vindiciren kann." Und in der Note c dazu: „Daß wir diesen Grundsatz ohne die Form der Uebertragung des Gesammteigenthums anwenden, hat wohl kein Bedenken. Allein wo eine gerichtliche Handlung zur Erwerbung eines Rechts an

11) Ebenda §. 445. — Vergl. §§. 439, 457, 458—462, 464, 468 ebd.

12) R. vom 30. November 1803 (Mathis, Bd. X, S. 216—218; Rabe, Samml., Bd. VII, S. 530).

unbeweglichen Sachen gehört, muß jene gewiß auch als Bedingung einer solchen Wirksamkeit eines Erbvertrages betrachtet werden. Vergl. sächs. Decis. v. 1746, Nr. 13; Preuß. L.R. Th. II, 4, §. 64[13])."

Nach Andern wird „durch den Vermächtnißvertrag nach den neueren Erörterungen — die nicht nachgewiesen werden — nur eine Obligation übernommen, deren Erfüllung auf die Erben gestellt ist"[14]); nach wieder Anderen soll es wieder anders und sehr verschieden anders sein[15]), wobei keiner von den Theorien Anderer Notiz nimmt.

Die Anhänger der Lehre von dem Vermächtnißvertrage in dem hier gemeinten Sinne erkennen, abgesehen von der Festhaltung der Unwiderruflichkeit der Zuwendung, gar kein sofort wirksames Recht an, sondern räumen dem Honorirten, wenn er den Anfall erlebt, nur dasselbe Recht ein, welches dem testamentarisch bedachten Vermächtnißnehmer gesetzlich gebührt. Dieses ist die Ansicht, welcher das Allg. Landrecht sich anschließt, wie folgende Stellen zeigen:

„Während des Lebens beider Eheleute hat der Mann, des (ihm im Erbvertrage verschriebenen) Ehevermächtnisses wegen, keine besonderen Rechte in dem Vermögen der Frau. — Ist dem Manne eine bestimmte Sache oder Summe zum Ehevermächtnisse beschieden; so wird er, in Beziehung auf die Erben der Frau, als Legatarius angesehen[16])."

„Nach dem Tode des Mannes wird das Gegenvermächtniß ein freies und unwiderrufliches Eigenthum der Frau[17])."

III. Einzelne Grundsätze. Diese beziehen sich auf den Schutz des Vermächtnißnehmers gegen den unberechtigten Widerruf.

1. Die Errichtung eines Testamentes nach dem Vermächtnißvertrage, worin der Erblasser diesen Vertrag mit Stillschweigen übergeht, ändert hinsichtlich des Vermächtnisses aus diesem Vertrage gar nichts, der Testamentserbe ist mit dem Vermächtnisse ebenso belastet, als wenn er in demselben Vertrage eingesetzt, oder als wenn das Legat im Testamente wiederholt worden wäre.

2. Legt der Erblasser in einem späteren Testamente oder Kodizille dem Vertragslegatar ein Fideikommiß oder eine andere Last auf,

---

13) Einleitung in das deutsche Priv. Recht, §. 344 (1. A. §. 342), Nr. I.

14) Buddeus, in Weiske, Rechtslexikon, Bd. IV, S. 33.

15) Darüber: Hartmann a. a. O. S. 77.

16) II, 1, §§. 453, 454.

17) Ebenda §. 469.

und der Vertragslegatar erlebt den Anfall, so ist die Belastung als eine revocatio realis in tantum kraftlos; stirbt aber der Vertragslegatar vor dem Erblasser, so hat der Fideikommissar dem Erben gegenüber die Stellung eines Substituten und der Erbe hat das Legat auf den Betrag des Fideikommisses an ihn zu entrichten, das Uebrige ist erloschen. Die Leistung, welche passiv auf den Erben übergeht, bezieht sich auf Handlungen, welche dem Legatar aufgelegt waren, wenn sie von der Art sind, daß sie von Jedem verrichtet werden können (sog. fungible Handlungen)[18].

3. Hat der Erblasser die vermachte bestimmte Sache bei seinem Leben veräußert, so kann der Vertragslegatar die Veräußerung nicht anfechten, denn die Sache gehörte ihm nicht, er hatte auch kein gegenwärtig wirksames Recht daran, es war auch ungewiß, ob er den Anfall des Vermächtnisses erleben würde. Aber wenn er ihn erlebt, so ist die in der Veräußerung liegende Ademtion, wegen der vertragsmäßigen Unwiderruflichkeit, kraftlos und die Folge davon ist, daß der Erbe dem Legatar entweder die Sache in Natur verschaffen oder den Werth, den dieselbe zur Zeit des Anfalls hatte, entrichten muß. Allein deshalb, weil der Legatar die Sache nur so, wie sie beim Anfalle ist, verlangen kann, ist das ganze Legat durch Zufall erloschen, wenn die Sache zufällig zu Grunde gegangen, z. B. das vermachte Thier bei dem Erwerber, ohne dessen Schuld, gestorben ist[19].

4. Dem vorigen Falle ähnlich ist der, wenn die vermachte Sache durch Diebstahl in Verlust gekommen ist. Der Erbe hat hier nichts zu leisten; ob aber das Legat vereitelt ist oder nicht, hängt davon ab: ob der Dieb entdeckt und erreichbar ist, oder nicht. In dem ersten Falle hat der Legatar die Vindikation, oder die Entschädigungsklage gegen den Dieb[20]; im zweiten Falle ist das Legat vereitelt.

Die körperliche Zerstörung der Sache durch einen Dritten hat dieselben Folgen. Hat der Erblasser selbst die Sache zerstört, so muß der Erbe dem Legatar den Werth derselben entrichten, weil juristisch die Handlung des Erblassers ebenso unerlaubt und daher als nichtig anzusehen ist, wie wenn er das Vermächtniß widerrufen hätte; nur ist der Gegenstand verwandelt.

---

18) A. L.R. I, 12, §§. 278, 279, 280, verb. mit §§. 366, 367. — Vergl. L. un. §. 9 C. de caducis tollendis (VI, 51).

19) A. L.R. I, 12, §. 315. Vergl. L. 22, §. 2 D. de legatis III (XXXII).

20) L. 10, §§. 2, 3; L. 11 D. de condict. furtiva (XIII, 1).

5. Vermacht der Erblasser die dem Vertragslegatar zugedachte Spezies demnächst noch einem Andern, so ist dies dem Vertragslegatar gegenüber selbstverständlich unwirksam. Die Frage ist aber: ob derselbe die neue Verfügung anzufechten habe, ebenso wie der Vertragserbe die zweite Erbeseinsetzung beseitigen kann, oder ob er von dem zweiten Vermächtniß als gar nicht berührt zu betrachten ist, d. h. daß das neue Vermächtniß dem Erben gegenüber Geltung und nur die Folge hat, daß er dem Vertragslegatar die Sache ausliefern und dem zweiten Legatar den Werth derselben geben muß. Es fehlt nicht an Schriftstellern, welche die erste Alternative behaupten [21]). Aus dem römischen Rechte ist dafür kein Beweis beizubringen, weil der Fall nicht vorkommen konnte, und man stützt sich auf die Analogie des Vertragserben. Allein es ist hiergegen schon ganz richtig gesagt [22]), daß diese Analogie hier nicht passe, weil dem Vertragslegatar nichts auferlegt werde und zwei Legate ejusdem rei neben einander bestehen könnten, was nur den Onerirten doppelt beschwere. Dagegen können zwei Universalerben ex asse nicht gleichzeitig und neben einander bestehen, Einer muß nothwendig den Anderen verdrängen, Beide müssen daher auf einander treffen. Bei den beiden Legataren ist dies nicht nothwendig, Jeder von ihnen hat es nicht mit dem Anderen, sondern mit dem Erben zu thun; beide Legate sind rechtsbeständig: das Vertragslegat, weil dessen Widerruf nichtig ist, das spätere testamentarische, weil es nicht auf den Vertragslegatar, sondern auf den Erben angewiesen ist. Es ist jedoch auch der Satz hingestellt worden ([22]), es könne das jüngere Legat auf einem Umwege ope exceptionis, nämlich durch exceptio doli gegen die Klage des zweiten Legatars entkräftet werden, wenn der Belastete nachweise, daß der Erblasser in dem Irrthume die Sache zum zweiten Male vermacht habe, es werde hierdurch das erste Legat wirklich vernichtet, und daß er ohne diesen Irrthum die Sache nicht zum zweiten Male vermacht haben würde. Aber durch diese Thatsache, daß der Erblasser sich in seiner Voraussetzung geirrt habe, kann dem Legatar doch gewiß kein Dolus aufgebürdet werden, der Irrthum des Testators ist ja die innere Handlung eines Dritten, die den Legatar gar nicht berühren kann, wenn er sie nicht kennt; erst diese Thatsache, dieser eigene Gemüthszustand des Legatars ist das

21) Bluntschli, deutsches Privatrecht, §. 196, Nr. 2, S. 416; Walter, deutsches Privatrecht, §. 433, Nr. III, verb.: „unwiderruflich, insofern der Erblasser nicht dieselben Sachen einem Anderen vermachen kann."

22) Hartmann a. a. O. S. 81.

Element des ihm beizumessenden Dolus. Der Angriff auf die fragliche jüngere Disposition müßte absolut auf den Irrthum des Erblassers im Beweggrunde gestützt werden, könnte aber nach preußischem Rechte nur dann Erfolge haben, wenn der irrige Bewegungsgrund ausdrücklich angeführt worden wäre und dabei auch erhellete, daß derselbe die einzige Ursache der Willensverordnung selbst gewesen [23]). — Stirbt der Vertragslegatar vor dem Erblasser, so erledigt sich die Frage dadurch, daß der jüngere, auf dieselbe Sache berufene Legatar als Substitut des Vertragslegatars anzusehen ist, und so stellt sich die Sache auch dann, wenn der Vertragslegatar zwar den Anfall erlebt hat, aber das Legat ausschlägt.

6. Nach Errichtung des Vermächtnißvertrages kann der Erblasser noch beliebige andere Legate aussetzen, soviel und zu solchem Betrage, daß der Nachlaß dadurch völlig erschöpft oder gar unzulänglich geworden ist. Wären die Legate alle durch einseitige letztwillige Verfügungen errichtet, so würde die bekannte Regel zur Anwendung kommen, daß alle Legate tributarisch, soweit die Masse reichte, entrichtet würden. Sollte aber der ältere Vertragslegatar dem gleichen Abzuge pro rata unterworfen werden, so würde ja der Erblasser auf einem Umwege faktisch das erreicht haben, was ihm geradezu juristisch, durch theilweisen Widerruf, nicht möglich gewesen wäre. Daraus folgt nothwendig, daß der Vertragslegatar vorweg vollständig zu befriedigen ist, und die späteren Legatare schlimmstenfalls leer ausgehen.

## §. 77.

### III. Von dem konservativen Erbvertrage.

I. Mit diesem Vertrage wird hier nicht der Begriff und Zweck verbunden, welchen die ältern Juristen mit dem pactum successorium conservatum verknüpften (§. 70); hier wird darunter ein Vertrag verstanden, wodurch der eine Paciscent, oder auch beide Paciscenten gegenseitig, sich das Erbfolgerecht, welches ihnen in den Nachlaß des Anderen bereits aus einem widerruflichen Titel in Aussicht steht, sichern und befestigen. Der Gegenstand ist mithin die Testirfreiheit des Erblassers und der Inhalt ist lediglich ein Verzicht auf dieselbe, ohne Verbindung mit einer Einsetzung. Das Allgemeine Landrecht erwähnt dieser Spezies von Erbverträgen gar nicht; hieraus aber läßt sich nicht schließen, daß ein solcher Vertrag keine Gel-

23) A.L.R. I, 4, §. 150.

tung haben könne. Wenn es Jedem freisteht, sich willkührlich einen Erben zu ernennen, und diesem zu versprechen, die Einsetzung nicht zu widerrufen, mit andern Worten: ihm gegenüber auf die künftige Ernennung eines anderen Erben nach seinem Gefallen, d. h. auf seine Testirfreiheit zu verzichten — und es steht Jedem frei und geschieht auch wirklich virtualiter in jedem Erbeinsetzungsvertrage —, wenn also dieses so ist wie es in der That ist, wo sollte ein Grund zu finden sein, solchen Verzicht, einer bestimmten Person gegenüber, für unzuläſſig zu erklären, wenn damit keine Erbeseinsetzung verbunden ist? Es kommt allein auf das Interesse des Anderen dabei an. Denn in der Natur der Verträge liegt es, daß, wenn der eine Theil von dem, was ihm der Andere verspricht, gar nichts hat, wenn das Versprechen sein Interesse ganz und gar nicht berührt, das pactum inane ist. Wenn aber der Acceptant der einzige Bruder des Verzichtenden ist, so steht es anders: er muß dann, wenn er nicht vor ihm stirbt, nach menschlicher Voraussicht dessen Alleinerbe werden, der Gesetzgeber müßte denn mit rückwirkender Kraft die gesetzliche Erbfolge abschaffen oder ändern. Ein solcher Vertrag kann wirksam mit einem bereits ernannten Testaments-, und auch mit Intestaterben eingegangen werden.

1. Was den testamentarisch berufenen Erben und den mit ihm später abzuschließenden Unwiderruflichkeitsvertrag betrifft, so ist über die rechtliche Zuläſſigkeit und Geltung eines solchen Vertrages, wodurch das Testament nachträglich in einen Erbeinsetzungsvertrag umgewandelt wird, schon oben, im §. 66, I, Nr. 1, lit. b, ausführlich gehandelt, weshalb darauf hier zurückverwiesen werden kann. Dort ist nur ein Bedenken über die faktische Sicherung des nachträglichen Verzichts auf den Widerruf geäußert, welches aus der preußischen ordentlichen Testamentsform hergenommen ist. Indeß läßt sich diese Sicherung des Erben vollständig erreichen. Der beste Weg dazu ist die Wahl der mündlichen Testamentsform; in einer der beiden ordentlichen Testamentsformen, entweder der schriftlichen oder der mündlichen, muß ja dieser Vertrag doch jedenfalls errichtet werden, wenn er rechtskräftig eingegangen werden soll. Nun macht man in dem Gesuche um Ernennung einer Deputation zur Aufnahme der Willenserklärung den Antrag, das deponirte Testament aus dem Depositorium den Paciscenten vorlegen zu lassen. Der Testator erkennt dann dasselbe an und erklärt es für unwiderruflich oder: daß er auf die Befugniß, dasselbe zu widerrufen oder abzuändern, bezüglich auf die Erbeseinsetzung, dem anwesenden Erben gegenüber ver-

zichte, und läßt dann das uneröffnet gebliebene Testament mit der gegenwärtigen, von dem Erben acceptirten Erklärung zusammen in Einen Umschlag versiegeln und diesen Umschlag mit einer entsprechenden Aufschrift versehen. Damit ist vorgebeugt, daß der Testator einseitig diese so befestigte letztwillige Verordnung zurücknehme und vernichte, denn die Aufschrift und also auch der Depositionsschein muß ja beide Personen als Deponenten bezeichnen; und die Verbal-Revokation ist durch den formellen Verzicht rechtlich unmöglich gemacht. Aber dieser Weg setzt voraus, daß der Testator und der Erbe gleichzeitig vor dem Gerichte, bei welchem das Testament deponirt ist, oder vor einer Deputation desselben erscheinen. In vielen Fällen ist das unmöglich, etwa wegen Reiseunfähigkeit des Einen oder Andern, oder unthunlich wegen unverhältnißmäßig großer Kosten und anderer Umstände. Dann läßt es sich so vollbringen: Der Testator sendet den Depositionsschein an das entfernte Gericht, welches das Testament in Verwahrung hat, mit dem Antrage, das Testament zur Zurückgabe an ihn seinem Heimathsgerichte zuzusenden. Das Heimathsgericht wird dann nach dem unfehlbaren Eingange des Testaments einen Termin zur Zurückgabe ansetzen; wenn die Parteien an Gerichtsstelle nicht erscheinen können, so wird der Testator die Abordnung einer Deputation in seine Wohnung nachsuchen. Vor der Deputation hat der Testator zu erklären, daß er das Testament nicht zurücknehmen wolle; vielmehr, nach vorheriger Rekognition der Aufschrift und der Unverletztheit der Siegel, bestätige und für unwiderruflich erkläre, welche Erklärung der anwesende Erbe zu acceptiren hat. Das Gericht verfährt dann mit der Versiegelung und Ueberschreibung ebenso wie in dem erstgedachten Falle und verwahrt diese versiegelte Urkunde in seinem Depositorium. Damit ist die Kontinuität der gerichtlichen Verwahrung gewahrt.

2. Den gleichen Entsagungsvertrag kann Jeder mit seinen nächsten Intestaterben schließen, welches die Folge hat, daß sie zur Succession gelangen müssen, insofern sie den Testator überleben. Hierher gehört auch der Vertrag, wodurch sich Jemand der Einschränkung, über noch zu erwerbendes künftiges Vermögen zu verfügen, unterwirft. Insofern dies sich auf die künftige Erbfolge bezieht und den Intestaterben gegenüber geschieht, ist das Abkommen eine Spezies von konservativem Erbvertrag. Das Obertribunal entscheidet einen Fall, wo Jemand von einem Anderen ein Grundstück erworben hatte unter der Einschränkung, daß er darüber nicht von Todes wegen verfüge. Diesen Vertrag erklärt es für zulässig, weil

kein Gesetz den Kontrahenten die Befugniß, so zu kontrahiren, entziehe. Darin ist beizustimmen. Aber es behauptet, dieses Pakt sei kein Erbvertrag, woraus gefolgert wird, daß dasselbe der Form der Erbverträge nicht unterworfen sei. Denn, sagt es, im A. L.R. I, 12, §§. 9 und 10 ist von der Begebung des Rechts die Rede, über das ganze Vermögen von Todes wegen zu verfügen, welches der Disponent bereits uneingeschränkt eigenthümlich besitzt oder noch zur freien Verfügung erwerben möchte. Das ist jedoch ein Irrthum, von der Verfügung über das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen von Todes wegen ist dort nicht Rede. Daß Jeder auch über einzelne Sachen, Summen oder Rechte von Todes wegen verfügen könne, mag er solche gegenwärtig schon haben, oder nicht, ist unbestritten, er kann auch über erst noch zu erwerbende Sachen von Todes wegen verfügen; aber wenn er dieses in einem Vertrage thut, so ist dieser Vertrag in so weit ein Erbvertrag. Nun wird weiter gesagt: „Will aber Jemand erst Vermögensgegenstände von einem dritten Eigenthümer erwerben, so hängt es von diesem ab, unter welchen Einschränkungen und Bedingungen er sein Eigenthum abtreten will, und Akquirent muß sich denselben unterwerfen, oder er erwirbt nicht und jene Gegenstände verbleiben dem bisherigen Eigenthümer [24]).“ Von der Zuläßigkeit einer solchen Bedingung ist nicht Rede; es handelt sich um die dazu erforderliche Form. Stellt der Veräußerer dem Akquirenten die Bedingung, daß der Gegenstand der Erwerbung dem einzigen Sohne des Erwerbers nach dessen Tode zufallen, und deshalb nicht veräußert werden solle, so wird Niemand sagen, daß diese s. g. Bedingung und Einschränkung unerlaubt und deshalb unzuläßig sei. Aber jeder Rechtsverständige wird sagen: das sei ein Erbvertrag über eine einzelne bestimmte Sache (ein Vermächtnißvertrag) zum Vortheil eines Dritten (des Sohnes), wenn dieser nicht beigetreten ist; sonst ist er Mitkontrahent. Was hieraus hinsichtlich der Form dieses Geschäfts folgt, ergiebt sich von selbst. Wird die s. g. Bedingung nun negativ ausgedrückt und muß nach den Umständen der einzige Sohn den Gegenstand des Vertrages erben, wenn der Erwerber darüber nicht verfügt und nicht verfügen darf, so ist der Vertrag ein singulärer konservativer Erbvertrag und hat denselben Erfolg wie jener positive Vermächtnißvertrag. Der Verzicht auf die Verfügungsfreiheit von Todes wegen zum Vortheil des Intestaterben ist eben auch ein Erbvertrag in Gestalt eines pac-

---

24) Erk. v. 24. Mai 1841 (Ulrich, Archiv, Bd. VIII, S. 383).

tum adjectum, in welchem der Akquirent der Promittent und der Veräußerer der Acceptant zum Vortheile des Dritten ist. Und dieses pactum adjectum ist keineswegs ein, eine Obligation begründendes, negotium inter vivos, aus welchem der Acceptant, nämlich der Veräußerer, ein gegenwärtig wirksames Forderungs- oder sonstiges Recht erworben hätte. Auf was sollte denn dasselbe gerichtet sein, wenn der Akquirent (Promittent) doch vertragswidrig über den Gegenstand von Todes wegen verfügt hätte? Ist es denn nothwendig, daß er davon etwas erfährt? Und wenn dies der Fall zufällig ist: soll er denn bei Leibzeiten des Verfügenden diese Verfügung umstoßen können und mit welchem Erfolge, da er ja für sich selbst davon nichts erreicht? Oder soll er das ganze Veräußerungsgeschäft aufrufen und die Sache zurückfordern können? Mit welchem Rechte soll das geschehen? Oder soll er sein Interesse wegen Vertragsverletzung fordern dürfen und worin soll dieses Interesse vermögensrechtlich bestehen? Alle diese Fragen sind unlösbar und müssen unlösbar sein, weil sie nicht dem Vermögensrechte angehören. Aber denkbar wäre es freilich, daß er selbst ein Interesse dabei hätte, wenn er nämlich der nächste Intestaterbe wäre, an den die Sache fallen müßte, wenn der Akquirent darüber von Todes wegen nicht verfügen dürfte. Dann jedoch fiele es gewiß schlagend in die Augen, daß das Nebenpaktum ein Geschaft von Todes wegen ist; dann ist es ganz ungewiß, ob er davon einen Vortheil haben wird, weil dieser davon abhängt, daß er den Promittenten (Akquirenten) überlebt, daher er bei Lebzeiten desselben und gegen ihn gar kein Rechtsmittel hätte; wenn er ihn aber überlebte, ihm die vertragswidrige Verfügung als eine von selbst nichtige gar nicht hinderlich wäre: Alles Beweis, daß das Nebenpaktum in der That eine Spezies des Erbvertrages und die Meinung des Obertribunals ein Fehlgriff ist. — Die Sache ist juristisch nun die: Der Akquirent (im Nebenpaktum der Promittent) hat seinem Intestaterben ein Vermächtniß dieser soeben erworbenen bestimmten Sache zugesichert, welches nach seinem Tode, wenn es nicht vorher von beiden Paciscenten widerrufen worden ist, in Wirksamkeit tritt; in derselben Weise, wie wenn der Promittent in einem Kodizill dem Intestaterben einseitig die Sache verschrieben hätte, denn dem Honorirten gegenüber ist es ein einseitiges Vermächtniß; damit aber das Paktum diese Wirkung habe, ist die Erbvertragsform wesentlich erforderlich.

II. Auch der konservative Erbvertrag nimmt dem Verfügenden nicht die Dispositionsfähigkeit unter Lebendigen. Zutreffend

sagt daher das Obertribunal bei der Entscheidung eines ähnlichen Falles: wenn der überlebende Ehegatte und Kolon in der Auseinandersetzung mit seinen Kindern Einem oder Mehreren von ihnen, nach einer gewissen Reihenfolge, das Anerbenrecht in das Kolonat und Vermögen zugesichert oder vorbehalten hat, so folgt daraus nicht, daß derselbe über das aus der Masse übernommene Kolonat oder über einzelne Bestandtheile desselben unter Lebenden nicht weiter verfügen könne; ein solcher Schichtungs- und Zusicherungsvertrag ist als ein Erbvertrag im Sinne des Allgemeinen Landrechts zu betrachten[25]). Diese Zusicherung war gleichfalls ein pactum adjectum des Theilungsrezesses und enthielt einen konservativen Erbvertrag; denn das Anerbenrecht stand den Kindern gesetzlich zu, beschränkte aber den Vater durchaus nicht in seinen Verfügungen unter Lebenden, auch nicht von Todes wegen; es ist als Rechtsgrundsatz festgestellt: „Das den Kindern resp. Verwandten der Kolonen, vermöge der Geburt zustehende gesetzliche Anerbenrecht hat nur die Natur eines künftigen, bedingten Rechts, eines Erbrechts, das erst dann für den Anerben als ein gegenwärtiges, unbedingtes, vollständig erworbenes Recht auf die Stätte zur Wirklichkeit gelangt, wenn das bäuerliche Grundstück nach dem Absterben beider Eltern resp. Kolonen — zur Wiederbesetzung eröffnet wird; — der Besitzer einer sonst eigenbehörigen — vererblichen bäuerlichen Stätte ist, dem gesetzlichen Anerben gegenüber, in der Verfügung über das Grundstück überhaupt, und namentlich in der Befugniß, dasselbe an einen Dritten zu veräußern, es geschehe dies unter Lebendigen oder von Todes wegen, nicht für eingeschränkt zu achten[26]).“ Daraus erhellet, daß das in Rede stehende Zusicherungspakt ein wahrer konservativer Erbvertrag war, durch welchen den Kindern ihr künftiges gesetzliches Erbrecht unwiderruflich befestigt wurde.

## IV. Von dem Ehe- und Erbvertrage.

### §. 78.

#### 1. Literargeschichtliches.

Die in Ehestiftungen vorkommenden erbrechtlichen Zusicherungen der Eheleute gegeneinander sind die ersten Erbverträge, welche sich der Gunst der älteren Juristen, und der Bemühungen derselben, fol-

25) Erk. vom 17. Oktober 1859 (Entsch. Bd. XLII, S. 81).

26) Pr. 1160. Num. IV u. V, vom 30. Mai 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 439, auch Präj. Samml. I, S. 352, lit. b u. c).

che gegen das Verbot des römischen Rechts aufrecht zu halten, zu erfreuen hatten. Die älteste ausführliche Schutzrede hat Sichard[1]) überliefert, welcher sagt[2]): „Sed cum pactum de futura successione acquirenda, vel affirmativum sit contra bonos mores, et inducat votum captandae mortis, ut jam diximus: sequitur, quod non possit confirmari juramento." Er knüpft daran die „quaestio pulcerrima, sed difficillima, quo pacto hodie sustineantur pacta illa de succedendo in contractibus matrimonialibus, ubi saepissime videmus sic caveri, ut mortuo altero ex conjugibus superstes totum habeat, vel tantum habeat, vel ut pars bonorum perveniat ad proximos agnatos," und löset diese Frage in seiner Weise, wie sie bereits oben (§. 71) ausführlich mitgetheilt worden ist. Er stellt darin den Satz auf: Eheverträge mit einer Erbeseinsetzung seien eine Spezies des Testamentes wenigstens der letzten Willensverordnung, hätten also die Kraft einer solchen und seien auch widerruflich wie diese. Diese Ansicht fand Anhang und führte zu der Konsequenz, daß man für solche Ehestiftungen die Form der letztwilligen Verfügungen oder doch die der Kodizille verlangte. Diese Form fand jedoch in der Praxis nicht Anklang, man wollte eben keine letztwillige Verordnung, sondern ein Paktum errichten, und kam daher auf zwei Arten von Ehestiftungen, welche beide eine Erbeseinsetzung sollten enthalten können, die eine nämlich in vim contractus, die andere in vim ultimae voluntatis, worauf sich die Eintheilung in pacta dotalia simplicia et mixta gründet. Der Gegenstand der ersten sollten die bona, die der zweiten die hereditas seu successio sein, und welche von beiden Arten man habe errichten wollen, solle, wie bereits angedeutet worden ist, an den gebrauchten Ausdrücken erkannt werden; habe man sich des Ausdrucks „Erbschaft", „Erbe", „erben" oder „succediren" bedient, so sei das Geschäft das widerrufliche pactum mixtum[3]). Der Urheber der Eintheilung ist nicht bekannt. Schon Stryke[4]) bezeichnet sie als eine „in praxi notissima distinctio". Man leitet den Ursprung derselben aus der Vermischung deutscher und römischer Rechtsgrundsätze her[5]). An diese Eintheilung knüpfte man

1) M. vergl. oben §§. 70 u. 71.

2) Comment. ad L. 3 C. de collationibus (VI, 20), Ausg. v. 1614, 725, Num. 5 i. f.

3) Stryk, de cautelis contractuum, Sect. III, cap. 8, §. 21.

4) Usus modernus, L. XXIII, tit. 4, §. 3.

5) Hombergk zu Vach, de origine atque indole distinctionis pactorum dotalium in. simplicia et mixta, eorumque recta interpretatione. Marb. 1749.

zwei verschiedene Formen. Die pacta simplicia sollten, gleich anderen Verträgen, zu ihrer Gültigkeit weder der schriftlichen Abfassung noch der Beobachtung anderer Förmlichkeiten bedürfen, nur des Beweises wegen hielt man die Schriftform für rathsam. „Non tamen propterea asserendum est quod scriptura ad pacta dotalia necessario requiratur; solent enim super his confici scripturae, non ut formam dent contractui, sed facilioris probationis gratia et ad futuram rei memoriam. Licet ergo scriptura vel instrumentum deficiat, aut minus rite et solenniter id confectum fuerit, nihilominus tamen pactis dotalibus standum erit[6]).“ Dagegen forderte man zur rechtskräftigen Errichtung eines pacti mixti, d. h. mit einer Erbeseinsetzung in universum jus die Beobachtung einer der für letztwillige Verordnungen vorgeschriebenen Formen. „Valent pacta dotalia de successione hereditaria in vim ultimae voluntatis coram quinque vel pluribus testibus etiam extrajudicialiter concepta. — Valida sunt quoque pacta dotalia judicialiter insinuata, nullis etiam adhibidis testibus[7]).“ Indeß zeigte sich die Stimmung gegen die pacta dotalia mixta feindlich. Leyser trat geradezu mit dem Satze auf, daß die gemeine Lehre, wonach pacta dotalia mixta einseitig nach Gutfinden widerrufen werden könnten, weder dem römischen noch dem deutschen Rechte entspreche und der Widerruf gegen die bona fides verstoße; er verwarf den zufälligen Ausdruck als das Kennzeichen, um beide Arten zu unterscheiden, er erklärte sich im Zweifel für den wahren Erbvertrag und gegen die Widerruflichkeit[8]). Nachdem Einige[9]) sich beistimmend erklärt hatten, trat J. H. Böhmer auf mit einer ausführlichen Abhandlung de successione hereditaria conjugum ex pactis dotalibus[10]), worin er die ganze Eintheilung der pacta dotalia in simplicia et mixta als haltlos verwarf und den letzteren die juristische Geltung bestritt. „Ex omnibus hactenus adductis, facile denique convellitur utilitas distinctionis

---

6) Carpzov, Jurispr. forens., P. II, const. 43, def. 8. — Vergl. Stryk, Usus mod. L. XXIII, tit. 4, §. 1 et 2; Berger, Oec. jur. L. I, tit. 3, th. II; Leyser, Med. ad Pand. Sp. 308, m. 12; Hommel, Rhaps. obs. 320 u. A.

7) Carpzov, l. c. def. 2 et 3. — Stryk, l. c. §. 3: „In illis vero, quae in vim ultimae voluntatis concipiuntur, insinuatio quandoque necessaria est.“

8) Collatio prisci juris Saxonici cum jure Romano et moribus hodiernis, opusc. II, §. 30 (als Anh. im XII. Bde. der Meditationen); u. Medit. ad Pand., Spec. 308, m. 3 et 8.

9) Z. B. Reinharth, sel. observat. ad Pauli Christianaei decis. II, 28; Hommel, Rhaps. quaest. I, qu. 203.

10) In den exercitat. ad Pand., Tom. IV, exerc. 31.

praecipua pactorum dotalium in simplicia per modum contractus, et mixta in vim ultimae voluntatis, ut loquuntur, inita. Impingit quippe eadem 1) in naturam et indolem ultimarum voluntatum, quibus successio universalis constituitur — —; 2) supponit, pactis hereditatem non transferri —; denique 3) haec distinctio merum glossatorum et causidicorum est inventum, qui ex verborum inani captatione magnam, sine solido legum fundamento, jurium effixerunt differentiam, hunc in finem, ut prout ipsis fuerit visum, pacta haec facile evertere et ex uno forsan verbo lites inanes excitare queant[11])." Er stellt den Grundsatz auf: „quod pacta haec conjugum successoria nil aliud sint, quam vera pacta et conventionis juris gentium[12])," welche lediglich unter der Herrschaft der für Verträge geltenden allgemeinen Grundsätze ständen, daher weder die Kodizillform hier anwendbar, noch die Widerruflichkeit anzuerkennen sei (§§. 6 ff). Diese Ansicht hat sich denn auch in der neuen Doktrin zur herrschenden erhoben.

Das Allgemeine Landrecht hat sich derselben angeschlossen. Dasselbe kennt nur eine Art von Ehe- und Erbverträgen, die von den allgemeinen Grundsätzen, welche von Verträgen gelten, beherrscht wird und daher auch nicht der Testamentsform unterliegt. Suarez sagt in dieser Beziehung: „Hier konnte die reine Theorie des römischen Rechts von pactis dotalibus, so wie die Eintheilung in simplicia et mixta um so weniger beibehalten werden, als jene Theorie auf dem Grundsatze: daß die Römer alle pacta hereditaria für unzuläßig hielten, beruhet, und dieselbe durch die verschiedenen Meinungen der Ausleger, welche römisches und deutsches Recht oft sehr bunt durcheinander geworfen haben, im höchsten Grade entstellt worden. Die Theorie des Gesetzbuches beruhet auf den allgemeinen Grundsätzen vor Verträgen überhaupt[13])."

## §. 79.

### 2. Begriff und Gegenstand.

I. Das Allgemeine Landrecht beginnt die Lehre von Verträgen unter Eheleuten mit dem Satze: „Erbverträge können Eheleute sowohl vor als nach der Verheirathung schließen[1])." Die Inkorrekt-

11) Cap. II, §. 11, pag. 713 l. c.

12) §. 9, pag. 710 l. c.

13) Schlußvorträge, in den Jahrbüchern Bd. XLI, S. 118.

1) II, 1, §. 439.

heit dieser Wortfassung fällt in die Augen: zwei Personen verschiedenen Geschlechts sind vor ihrer Verheirathung noch nicht Eheleute, folglich ist es nicht möglich, daß sie als Eheleute, ehe sie Eheleute sind, Erbverträge unter sich schließen können. Indem auf diese Inkorrektheit aufmerksam gemacht wird, geschieht es lediglich deshalb, um nachzuweisen, daß das Landrecht zwei verschiedene Geschäfte unter dieselben Rechtsgrundsätze stellt, nämlich die Verträge, welche spätere Eheleute schon vor ihrer Eheschließung bezüglich auf diese und unter der Voraussetzung, daß dieselbe zu Stande kommen werde, geschlossen haben, und Verträge, welche Eheleute in stehender Ehe über ihre Güterverhältnisse und künftige Erbfolge oder Abfindung in Folge einer Trennung mit einander errichteten. Beide Arten müssen zum Zwecke ihrer Begriffsbestimmung getrennt werden.

1. Die Verträge der ersten Art sind die sogenannten Ehestiftungen, auch Eheverträge, Ehepakten, pacta dotalia, Eheberedung u. s. w. [2]) benannt. Dieselben gehen der Eheschließung selbst gewöhnlich und allemal dann voraus, wenn nicht besondere Sponsalien oder Verlobungen eingegangen sind, denn in diesem Falle ist das wechselseitige Eheversprechen die Voraussetzung aller übrigen Verabredungen, welche sich auf die künftige Ehe beziehen und durch die wirkliche Vollziehung der Ehe bedingt sind. Daher kommt auch die Bezeichnung „Ehegelöbniß- und Ehevertrag" dafür vor. Im Allgemeinen versteht man unter diesen Verträgen solche, in welchen, außer dem wechselseitigen Versprechen, sich einander zu heirathen, Nebenbestimmungen über die außerwesentlichen persönlichen Verhältnisse (über Naturalien, denn die wesentlichen, z. B. die eheliche Hingebung und Treue sind der Willkür entzogen), Bestimmungen über Ausstattung, Mitgabe, Vermögensverhältnisse sowohl während der Ehe als nach deren Auflösung, auch wohl über die Erziehung der Kinder, enthalten sind. Nothwendig sind dergleichen Verträge zur rechtlichen Wirksamkeit einer echten Ehe nicht [3]), denn sie können nur Naturalien des Hauptvertrages ändern, oder etwas bestimmen, was rein nebensächlich ist; fehlt es also daran, so hat es bei demjenigen sein Bewenden, was aus der Natnr der Ehe rechtlich folgt.

2. Ist vor der Eheschließung ein Ehestiftungs- und Erbvertrag nicht geschlossen, so kann Alles, was dessen Gegenstand

2) Ueber noch andere Benennungen s. m. Danz, Handbuch des deutschen Priv. Rechts, §. 566 (3. A.) S. 169; Glück, Kommentar, Bd. XXV, §. 1244, S. 334 ff.

3) A. L.R. II, 1, §. 81.

sein darf, auch noch nach Eingehung der Ehe vertragsmäßig zwischen den Eheleuten festgesetzt werden. Das Landrecht sagt zwar: „Erbverträge können Eheleute sowohl vor als nach der Verheirathung schließen" (1), und man könnte denken, daß gegensätzlich Verträge zwischen Eheleuten, wodurch nachträglich ihre persönlichen Beziehungen, die Kindererziehung, die Vermögensverhältnisse während der Ehe ꝛc. geregelt würden, nach einmal vollzogener Ehe nicht mehr gestattet sein sollen. Dieser Schluß würde jedoch ein Fehlschluß sein. Die gedachte Bestimmung bezweckt nur die Beseitigung einer damals vorhandenen Meinungsverschiedenheit über diese Frage[4]). Daß das Landrecht damit nichts weiter wollte, erhellet daraus, daß es eine eigene Form für nachträgliche Verträge in dem Fall gab, wenn die Frau dadurch an ihren durch die Eheschließung bereits erworbenen Rechten etwas verlieren soll[5]); sowie daraus, daß verordnet ist, es fände auf Erbverträge unter Eheleuten dasjenige Anwendung, was für Verträge unter Verlobten, also namentlich auch für Ehestiftungen vorgeschrieben ist[6]). Nur ist selbstverständlich, daß in den nach der Eheschließung nachträglich eingegangenen Ehepakten nicht die Ehe noch als Gegenstand des Versprechens behandelt und die Uebereinkunft nicht unter der Bedingung oder Voraussetzung der erfolgenden Vollziehung der Ehe getroffen werden kann, da die Voraussetzung schon eingetroffen ist und nunmehr das ganze Paktum insoweit ganz unbedingt geschlossen wird.

II. Gegenstand der Eheverträge ist gewöhnlich die Angabe dessen, was die Eheleute einander zubringen; die Bestimmung der Rechte, welche jedem Theile während der Ehe in Ansehung des Vermögens zustehen sollen; die Bestimmung der persönlichen Verhältnisse zu einander und wie es in Ansehung der Erziehung der Kinder, besonders in gemischten Ehen, gehalten werden soll; hauptsächlich die Festsetzung der gegenseitigen Erbfolge. Hier kommen nur die letztgedachten Bestimmungen von Todes wegen in Betracht.

1. Die Zuwendung von Todes wegen, welche Einer dem Anderen, oder Beide sich wechselseitig machen, kann eine Berufung zum Erben in universum jus und zwar ex asse oder in partem quotam sein, sie kann auch in einer bestimmten Sache oder Summe bestehen. In dem ersteren Falle ist der Ueberlebende

---

4) Brewer, an matrimonio jam indefinite contracto adhuc pacta dotalia condi queant? Bonn. 1782.

5) II, 1, §. 441.

6) Ebenda §. 440.

wahrer Erbe und haftet als solcher auch für die Erbschaftsschulden; im zweiten Falle ist er bloßer Vertragslegatar und Erbe ist der nächste Verwandte des Vorverstorbenen ab intestato. In beiden Fällen kann der Ueberlebende, wie jeder vertragsmäßig Berufene, die Erbschaft, beziehungsweise das Legat aus dem Vertrage ausschlagen, aber er kann in keinem Falle außer dem Inhalt des Vertrages aus beiden Titeln, nämlich ex pacto und zugleich auch ex statuto oder lege erben, vielmehr wird angenommen, daß in der Annahme des Vortheils ex pacto eine stillschweigende Renunciation auf die statutarische Portion enthalten sei [7]), weil es der Natur der Sache widerspricht, denselben Erblasser zweimal, einmal ex pacto und einmal ex statuto zu beerben. Hierbei entstehen zwei Fragen:

a) Wenn der Ueberlebende seine Befriedigung in der vertragsmäßigen Zuwendung nicht findet, steht es ihm dann nicht frei, die Erbschaft aus dem Erbvertrage abzulehnen und seine Portion aus dem Gesetz zu fordern? Z. B. der Vorverstorbene hat seine Ehefrau und vier Vettern in entfernteren Graden zu seinen Erben berufen. Darüber war man nicht einerlei Meinung und allerdings hatte die bejahende Meinung die Analogie des Pflichttheilserben für sich [8]). Das Landrecht entscheidet die Frage verneinend, mit zwei Ausnahmen [9]), im Tit. 1, Th. II:

§. 448. „Ist die Erbfolge durch einen wirklichen Vertrag bestimmt: so steht es nicht in der Wahl des Ueberlebenden, von dem Vertrage abzugehen und die gesetzliche Erbportion zu wählen."

§. 449. „Doch kann diese Wahl, in dem Vertrage selbst, dem überlebenden Ehegatten vorbehalten werden."

§. 450. „Auch ohne dergleichen Vorbehalt bleibt die Wahl dem Ueberlebenden alsdann frei, wenn über den Nachlaß des Verstorbenen in dem Vertrage ausdrücklich zum Besten einer gewissen bestimmten Person verordnet, und diese Person zur Zeit des eintretenden Sterbefalles nicht mehr vorhanden ist."

In dem vorhin gegebenen Falle würde also die Wittwe, wenn die

---

7) Leyser, Medit. ad Pand., Sp. 307, m. 5. — Struben, rechtl. Bed., Bd. II, Bed. 43; — Bauer, Responsa, Tom. I, resp. 33, p. 132. — Gottschalk, Sel. disceptat. capita, T. II, c. 2.

8) Vergl. A. L.R. I, 9, §. 402.

9) Suarez sagt ausdrücklich, daß durch die Bestimmungen eine Kontroverse habe entschieden werden sollen: „— und es sind nur einige, bisher zweifelhaft und streitig gewesene Fälle, besonders in den §§. 450 — — entschieden worden." (Jahrb. Bd. XLI, S. 118.)

vier Vettern vor dem Erblasser bereits verstorben gewesen wären, die Hälfte des Nachlasses als den ihr gebührenden gesetzlichen Erbtheil[10]), mit Ausschlagung der Erbschaft ex pacto, fordern können. Aber wenn dieser Fall auch nicht eingetreten wäre, so würde die Wittwe doch die vertragsmäßige Erbschaft haben ausschlagen und ihren Pflichttheil, d. h. hier ein Viertel des Ganzen, haben fordern können. Denn die vorstehenden Bestimmungen lassen die Frage, welche Rechte dem Pflichttheilsberechtigten zustehen, wenn er die Erbschaft aus dem Titel des Willens des Erblassers ausschlägt, ganz unberührt; sie entscheiden bloß den Streit: ob der Ueberlebende die Wahl habe zwischen dem vertragsmäßigen und dem gesetzlichen Erbtheil. Jene, welche sich für die bejahende Entscheidung erklären und sich auf die Analogie des Pflichttheilserben berufen, haben die statutarischen Portionen im Sinne, welche der Willkür des anderen Ehetheils entzogen sind. Der landrechtliche Erbtheil des Ehegatten ist nur zur Hälfte Pflichttheil, die andere Hälfte hat nur die Eigenschaft einer Intestaterbportion[11]), und von diesem allein nur ist in den vorstehenden Bestimmungen die Rede.

b) Wenn ein Ehegatte dem Anderen in der Ehestiftung bloß eine gewisse Sache oder Summe, ohne Weiteres, ausgesetzt hat, so wird die Frage gestellt: ob dies die vollständige Abfindung wegen seines Erbrechts, oder ein Prälegat sein soll. Gemeinrechtlich nehmen Einige an, die statutarische Portion werde dadurch nicht ausgeschlossen[11a]). Die Frage ist eine Willensfrage, welche aus dem ganzen Inhalte der Willenserklärung, nach den Regeln der Auslegungskunst, gelöst werden muß. Das Landrecht kommt hier mit einer Präsumtion zu Hülfe, indem es verordnet:

„Wenn es nach der Fassung des Erbvertrages zweifelhaft ist: ob der überlebende Ehegatte durch die darin ausgeworfene Summe oder Sache abgefunden, oder ob ihm selbige nur voraus beschieden sein solle, so streitet die Vermuthung für Ersteres. — Wenn jedoch der Verstorbene Vermögen von verschiedener Art, z. B. Lehn und freies Vermögen, besessen hat, und im Vertrage nur bestimmt ist, was der Ueberlebende aus der einen Art des Vermögens haben solle; so bleiben ihm in der anderen seine Successionsrechte vorbehalten[12]).“

---

10) II, 1, §. 626.

11) Ebenda §§. 631—638.

11a) Danz a. a. O. §. 570, Nr. V, u. die in der Note o Angeführten.

12) A. L. R. a. a. O. §§. 645 u. 646. Die Bestimmungen sind Interpretationsregeln.

Ist der Ueberlebende mit dieser Abfindung nicht zufrieden, so kann er nach dem vorhin Gesagten seinen Pflichttheil fordern. Er muß, um dieses zu erreichen, das Legat als Prälegat annehmen, eventuell auf Abschlag seines Pflichttheils, und die Erbschaft aus dem Vertrage als Universalerbe antreten, und wenn er mit der Erbschaftsklage nicht durchdringen kann, die Ergänzung des Pflichttheils fordern. Ist die Zurückweisung der hereditatis petitio auf Grund jener Präsumtion vorauszusehen, so ist es rathsam, das Legat mit Vorbehalt anzunehmen und, wenn ihm das Erbrecht streitig gemacht ist, sofort die Ergänzungsklage anzustellen.

2. Aussetzung eines Ehevermächtnisses. Ehevermächtniß heißt der Theil des Vermögens, welchen die Ehefrau dem Manne auf ihren Todesfall in dem Vertrage zuwendet. Er ist Miterbe, wenn der Gegenstand ein Verhältnißtheil vom Ganzen (pars quota) ist; er ist Legatar, wenn ihm eine bestimmte Sache oder Summe beschieden ist[13]); in keinem der beiden Fälle hat er ein gegenwärtiges Vermögensrecht (in bonis), welches er unter Lebenden veräußern oder, wenn er vor dem Anderen verstirbt, vererben könnte[14]). Aber auch das Erbrecht (Miterbrecht), welches ihm im ersten Falle zustehen soll, ist ganz eigenthümlicher Art, von zweifelhafter Natur. Er soll „die Rechte und Pflichten eines Miterben" haben, heißt es im §. 455 ([13]). Ein Miterbe hat das Akkreszenzrecht, sonst ist er nicht Erbe im eigentlichen Rechtssinne. Wer sind nun seine Miterben? Wäre über die ganze künftige Verlassenschaft, wie über eine universitas juris, in dem Ehevertrage verfügt, hieße es z. B.: „Ich verschreibe auf meinen Todesfall meinem Verlobten (oder Ehemanne) ein Drittel, und dem A und B (welche nicht mit kontrahiren) Jedem ein Drittel meines künftigen Nachlasses"; so würde kein Zweifel aufkommen können, daß der Ehemann, wenn A und B ausfielen, Alleinerbe würde. Aber das geht nicht an. Zwar ist oben (§. 73, III, Nr. 2) nachgewiesen, daß diejenige Form, welche bei Ehe- und Erbverträgen für die Erbeinsetzung des anderen Ehetheils genügt, auch für die ihm aufgelegten Vermächtnisse ausreiche. Aber die Erbeinsetzung fremder Dritter kann in dem Erbvertrage nicht geschehen, die positiv vorgeschriebene Testamentsform kann in solcher Weise mit rechtlicher Wirkung nicht umgangen werden. Die Miterben können mithin nur Intestat- oder Testamentserben

---

13) Ebenda §§. 452—455.

14) Ebenda §. 453: „Während des Lebens beider Eheleute hat der Mann, des Ehevermächtnisses wegen, keine besonderen Rechte in dem Vermögen der Frau."

sein. Man setze den Fall, die Frau stürbe ohne Testament kinderlos und hinterließe zwei Geschwister, von welchen das eine die Erbschaft ausschlüge: würde dessen Erbtheil dem andern Geschwister zufallen, oder würde der Mann daran Theil nehmen? Vorhin (§. 74, Num. IV. a. E.) ist ausgeführt, daß zwischen den aus einem Erbvertrage und aus einem Testamente nebeneinander stehenden Miterben das Akkreszenzrecht bestehe, wenn und weil der Wille des Erblassers als das allein darüber Bestimmende erhelle, daß Jeder derselben in universum jus berufen sei. Doch dieser bestimmende Grund ist hier, in der Aussetzung eines Ehevermächtnisses allein, wol schwerlich zu erkennen, und wenn das Gesetz [13] sagt: „so hat der Mann die Rechte und Pflichten eines Miterben", so ist damit das Akkreszenzrecht dem Manne noch nicht zugesprochen und das Vermächtniß noch nicht in ein Universal-Erbrecht verwandelt. Der Mann, dem eine pars quota des Nachlasses als Ehevermächtniß ausgesetzt ist, ist legatarius partiarius und damit erreicht, was das Gesetz mit der Zuerkennung der „Rechte und Pflichten eines Miterben" bezweckt, nämlich daß der Mann verhältnißmäßig auch für die Nachlaßschulden hafte, gleichwie er an den Forderungen und an dem Zuwachs der Erbschaft Theil nimmt [15].

3. Aussetzung eines Gegenvermächtnisses. So nennt das Landrecht dasjenige, was der Mann der Frau auf den Todesfall aus seinem Vermögen eigenthümlich aussetzt [16]. Das Gegenvermächtniß soll dem Ehevermächtnisse korrespondiren, so, wie die römische donatio propter nuptias der römischen dos, nach der Meinung Suarez', welcher darüber sagt: „Der römische Begriff von der donatione propter nuptias ist freilich von dem hier angegebenen ganz verschieden. Nach römischen Rechten war die donatio propter nuptias eine Summe, welche der Frau zur Sicherheit für die ihr und den Kindern durante matrimonio zu reichende standesmäßige Verpflegung, gleichsam als eine Kaution bestellt wurde. Die Frau erlangte darüber ein dominium civile, so wie der Mann über den Dotem. Die Wirksamkeit desselben trat ein, wenn der Mann seine Pflicht des standesmäßigen Unterhalts nicht erfüllte; und sie hörte ganz

15) Diese Absicht giebt die Fassung, welche die Bestimmung im gedr. Entw. Th. I. Abth. 1, §. 310 hat, besser zu erkennen. Dort heißt es: „Bei erfolgtem Absterben der Frau — nimmt der Mann solches (Ehevermächtniß), nach Abzug der Schulden, aus ihrem Vermögen, als sein Erbtheil." Damit ist er völlig abgefunden.

16) II, 1, §. 456.

auf, wenn jene Pflicht des Mannes quovis modo aufgehoben wurde. In diesem Sinne sind aber donationes propter nuptias bei uns schon längst nicht mehr üblich, und kommen höchstens nur noch inter personas illustres vor, wo die Sache ohnehin per pactum bestimmt wird. Es war auch nicht rathsam, diesen römischen Begriff durch die Aufnahme in das Gesetzbuch wiederum in Umlauf zu bringen, da die Subtilitäten mit dem dominio naturali des Mannes und dem dominio civili temporario der Frau zu eben so vielen, ja noch häufigeren Verwickelungen, als bei dem Dote, Anlaß gaben[17])". Daraus erhellet, daß das Gegenvermächtniß in die Stelle der römischen donatio propter nuptias gesetzt ist. Ob und wie dieses römische Institut in Deutschland Aufnahme gefunden habe und in Gebrauch gekommen sei, ist ungewiß; aber ein ihm entsprechendes ist unter den Namen Widerlage, Gegengeld, Gegensteuer, Widergift, antidos oder contrados wenigstens partikularrechtlich[18]) anerkannt und auch von vielen Schriftstellern[19]) als ein gemeinrechtliches hingestellt. Merkwürdig ist eine Stelle darüber bei einem alten Schriftsteller oder in einem alten Werke unter dem Titel Exceptiones legum romanarum aus dem elften Jahrhundert, welches einem gewissen Petrus zugeschrieben wird, lautend: Cap. 43. de dotis datione: „Dos potest fieri sine donatione propter nuptias, sed donatio propter nuptias non potest fieri sine dote. Sed tamen, cum dos ab uxore datur, et a viro propter nuptias donatio, et in quantitate et in pactis debent esse pares. Sed si donatio propter nuptias sit majoris quantitatis, quam dos, superfluum infirmatur, et doti coaequatur. Et similiter coaequatur, si major quantitas in dote, quam propter nuptias donatione"[20]). Hier wird also das Institut der donatio propter nuptias als eine genau entsprechende Gegenleistung für die Dos charakterisirt. Diese Eigenthümlichkeit hat sie noch heute, nur darin weicht das heutige Recht ab, daß die Widerlage dem Heirathsgute

---

17) Schlußvorträge, in den Jahrbüchern Bd. XLI, S. 117.

18) Baiersches Landrecht, Th. I, Kap. 6, §. 14. — Const. Elect. Saxon. XXVIII, P. 1; XVI, P. II.

19) Glück, Erläut. der Pand. Bd. XXV, S. 309. u. die dort in der Note 30 verzeichneten Schriften. M. s. auch c. 8 X. de donat. inter vir. et uxor. (IV, 20) u. c. 15 X. de foro competente (II, 2) verb. mit c. 4 X. de donat. inter vir. et uxor. (IV, 20).

20) Bei v. Savigny, in der Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter Bd. II, S. 317.

nicht immer nothwendig gleich sein müsse. Sie kann gemeinrechtlich ohne wirklich eingebrachtes Heirathsgut niemals bestehen; wird die Ehe durch den Tod getrennt, so nimmt die überlebende Frau das Heirathsgut wieder zurück und die Widerlage genießt sie lebenslänglich; stirbt sie vor dem Manne, so nimmt dieser die Widerlage zurück, und genießt das Heirathsgut lebenslänglich gegen Kautionsleistung [21]). Das Allgemeine Landrecht weicht hiervon in mehreren Punkten ab. Der hauptsächlichste ist der, daß das Gegenvermächtniß nach des Mannes Tode freies und unwiderrufliches Eigenthum der Frau wird [22]), wogegen aber auch der Mann das Ehevermächtniß zum unwiderruflichen Eigenthume erbt ([13]). Ein anderer Punkt ist, daß das Gegenvermächtniß mehr oder weniger als das Ehevermächtniß betragen kann, und eine dritte sehr wichtige Abweichung besteht darin, daß das Gegenvermächtniß ohne Ehevermächtniß bestehen kann [23]). Das Gegenvermächtniß kann auf eine bestimmte Sache oder Summe, oder auf einen nur im Verhältniß gegen das Ganze bestimmten Theil der Verlassenschaft des Mannes (pars quota) festgesetzt werden. In dem zweiten Falle ist die Frau legataria partiaria, wie der Mann, in dem gleichen Falle, hinsichtlich des Ehevermächtnisses, und erhält daher, wenn der Mann überschuldet stirbt, nichts [24]). In dem ersten Falle hat die Frau ein schon gegenwärtiges, aber durch das frühere Ableben des Mannes bedingtes Forderungsrecht, wofür sie in gleicher Weise, wie für das Eingebrachte, von dem Manne Sicherstellung verlangen kann [25]). Das damit früher verbunden gewesene Vorrecht im Konkurse fällt nach neuerem Rechte nicht nur ganz weg, sondern die Forderung kann im Konkurse überhaupt nicht geltend gemacht werden; nur das dafür etwa Gegebene oder Geleistete, oder dessen Werth, höchstens bis zum Betrage der Zuwendung kann gefordert werden, und zwar der Werth ohne Vorrecht in der letzten Klasse [26]). — Ist die Summe des Gegenvermächtnisses im Vertrage nicht bestimmt, wohl aber die Absicht der Kontrahenten, daß dasselbe mit dem Eingebrachten

21) Glück a. a. O. S. 317.

22) II, 1, §. 469.

23) Ebenda §. 461: „Ist kein Ehevermächtniß bestimmt, so ist die Aussetzung eines solchen, ohne Bestimmung einer Summe angewiesenen Gegenvermächtnisses ohne Wirkung." Vergl. A. G.O. I, 50, §. 438, Worte: „ob die Frau dem Manne gar nichts eingebracht hat —."

24) A. L.R. II, 1, §§. 467, 468. — A. G.O. I, 30, §. 481.

25) A. L.R. a. a. O. §. 465.

26) Konk.-Ordnung vom 8. Mai 1855 §. 84, Nr. 4.

im Verhältnisse stehen solle, aus der Fassung und den Umständen ersichtlich: so wird die Hälfte des Eingebrachten als Gegenvermächtniß angenommen; ist eine solche Rücksicht auf das Eingebrachte aus dem Vertrage nicht zu entnehmen: so wird das Gegenvermächtniß dem Ehevermächtnisse gleichgesetzt; ist auch kein Ehevermächtniß bestimmt, so ist die Aussetzung eines ohne Bestimmung der Summe angewiesenen Gegenvermächtnisses unwirksam, die hinterbliebene Wittwe kann dann nur ihren gesetzlichen Erbtheil verlangen [27]).

4. Aussetzung einer Wittwenversorgung. Das Gemeine Recht kennt zwei Hauptarten dieses Instituts, das Wittum (vidualitium) und das Leibgedinge (dotalitium). Auch das Landrecht erwähnt unter derselben Benennung zweier Arten der Wittwenversorgung, stimmt aber in den Begriffen und Grundsätzen mit den gemeinrechtlichen nicht überein. Um sich auszufinden, darf die Geschichte nicht umgangen werden; diese mag daher in Kürze den landrechtlichen Bestimmungen vorangehen.

a) Die älteste Art ist das Wittum. Dieses ist entsprungen aus der alten deutschen Sitte, daß der Mann seine Braut auszustatten hatte. Diese Ausstattung bestellte er ihr gewöhnlich am Tage der Verheirathung, um ihr dadurch zugleich auf den Fall des künftigen Wittwenstandes den standesmäßigen Unterhalt zu sichern; denn der deutsche Mann hatte die Pflicht, für den Unterhalt seines Weibes nicht bloß bei seinem Leben, sondern auch nach seinem Tode zu sorgen. Der Grund lag darin, daß die Töchter keinen Theil an dem unbeweglichen Theil der väterlichen Verlassenschaft hatten; weshalb der Mann die Ausstattung und künftige Versorgung der Frau mit der Person zugleich übernahm. Dies ist die alte s. g. dos germanica. Man leitet etymologisch die Benennung Wittum von dem altdeutschen Worte Withem, Widem, Widum her, welches so viel wie Ausstattung, Dos, bedeutet, sowie die davon abstammenden Worte wedemen oder bewedemen ausstatten oder dotiren heißen [28]). Unter diesem Wittum wird Alles verstanden, was der Frau zur Bestreitung ihres Unterhaltes im künftigen Wittwenstande von dem Manne, oder für ihn von einem Dritten ausgesetzt ist. Die Aussetzung geschah also ohne alle Rücksicht und Beziehung

27) A. L.R. a. a. O. §§. 459—461. Ueber die Entstehung dieser erst bei der Umarbeitung des gedr. Entwurfs hinzugekommenen Bestimmungen s. m. meine Anm. 14 zum §. 461 a. a. O.

28) In dieser Bedeutung ist das Wort Widemuth noch als Bezeichnung der Pfarrhöfe, d. h. der Landgüter, womit Pfarreien dotirt, ausgestattet sind, im Gebrauch.

auf ein zugebrachtes Heirathsgut, völlig absolut. Daher erhielt die Wittwe, welche ihrem Manne einen Brautschatz zugebracht hatte, ihn nach dessen Tode, aus der Verlassenschaft, unbeschadet ihres Wittums zurück. Es folgte aber auch nach Natur und Zweck, daß mit dem Aufhören des Zwecks das Wittum wegfallen mußte, daher dasselbe mit der anderweiten Verheirathung der Wittwe erlosch; nach einer Meinung sollte es auch durch eine unzüchtige und schwelgerische Lebensweise verloren gehen. Es folgte weiter, daß, wenn die Wittwe starb, die Sache, mochte sie in Kapital oder in Gütern, welche ihr zur Gewinnung des Unterhalts eingeräumt oder angewiesen worden waren, bestehen, aus ihrem Nachlasse an die Erben des vorverstorbenen Mannes zurückgewährt werden mußte. Endlich folgte aus der Natur des Wittums als eines reinen Gewinnes ohne alle Gegenleistung, daß, wenn dasselbe in einer jährlichen unfundirten Rente bestand, dafür keine Sicherstellung von Rechts wegen gefordert werden konnte, auch keinerlei Vorrecht vor anderen Gläubigern im Konkurse des Mannes zustand.

Mit der Einführung des römischen Rechts kamen die Begriffe und Grundsätze desselben von der Dotirung und Erbfolge der Töchter in Umlauf und Anwendung. Damit verschwand allmählich das deutsche Wittum; die Wittwe nahm ihr Heirathsgut zurück und hatte damit eigene Mittel zu ihrem Unterhalte, in den rechtlichen Vermögensverhältnissen lag keine Nothwendigkeit für den Mann mehr, die Wittwe nach seinem Tode zu versorgen; die gelehrten Juristen mischten auch die Grundsätze der der römischen Dos korrespondirenden donatio propter nuptias und konstruirten den Grundsatz: die Frau könne von dem Manne nach dessen Tode nur dann Unterhalt verlangen, wenn sie ihm ein Heirathsgut zugebracht und zu seinem Nutzen überlassen und erblich verschrieben habe. Darin liegt der Keim des heutigen Ehevermächtnisses. Hieraus entwickelte sich die zweite Art von Wittwenversorgung, das s. g. Leibgeding oder die Leibzucht (dotalitium), bei dessen Bestimmung auf das eingebrachte Heirathsgut Rücksicht genommen und mit dessen Betrage in ein gewisses Verhältniß gesetzt wurde. Unter demselben verstand man diejenigen Einkünfte und Nutzungen, welche der Mann seiner Frau auf seinen Todesfall zu ihrem Lebensunterhalt, in Rücksicht auf das ihm zugebrachte und verbleibende Heirathsgut, in seinen Gütern aussetzte. Diese Art der Wittwenversorgung beruhet auf dem Prinzip des Rentenkaufs; sie ist die Gegenleistung für das von der Ehefrau eingebrachte, dem Manne übereignete Heirathsgut, das Geschäft da-

her gleichsam ein Leibrentenkauf, vermöge dessen die Mitgift der Frau in das Eigenthum des Mannes übergeht und folglich an die Wittwe oder deren Erben nicht zurückgegeben wird, sobald die Wittwe in den Genuß des Wittwengehalts unwiderruflich eingetreten ist. Daher wird diese Art Versorgung auch Gegenvermächtniß genannt und mit der römischen donatio propter nuptias verwechselt, wie es auch den Verfassern des Landrechts begegnet ist([17]). Aus dieser rechtlichen Beschaffenheit des Leibgedinges folgt, wie gesagt, daß das Heirathsgut den Erben des Mannes verbleibt, was bei dem eigentlichen Wittum nicht der Fall ist, daher hier, bei dem Leibgedinge, die Parömie eintritt: Leibgut schwindet Hauptgut, dotalitium absorbet dotem[29]); es folgt ferner, gegensätzlich von dem eigentlichen Wittum, daß das Leibgedinge erst mit dem Tode der Wittwe aufhört und nicht durch Eingehung einer neuen Ehe derselben erlöscht. Endlich kann die Frau wegen des Leibgedinges, da dasselbe die Gegenleistung aus einem lästigen Geschäfte und der Ersatz ihres Heirathsguts ist, dieselbe Sicherstellung und im Konkurse des Mannes dieselben Vorzüge wie wegen ihres Eingebrachten fordern. — Die Größe des Leibgedinges, falls darüber keine Uebereinkunft getroffen worden ist, beträgt gewöhnlich, nach dem durch Herkommen üblich gewordenen Maßstabe, zwiefache landesübliche Zinsen des Heirathsguts; es sollen auch vierfache Zinsen in manchen Gegenden üblich sein[30]). — Ob es der Frau freistehe, nach des Mannes Tode zu wählen zwischen dem Leibgedinge und Herausgabe ihres Eingebrachten, ist nach Gemeinem Rechte nicht ausgemacht, nach sächsischem Rechte ist es bei dem dort stattfindenden gesetzlichen Leibgedinge gesetzlich festgestellt, bei dem vertragsmäßigen Dotalitium ist die Wahl nicht zulässig, sie sei denn vorbehalten. — So viel von der Geschichte[31]).

b) Das Allgemeine Landrecht kennt nur ein vertragsmäßiges Witthum und Leibgedinge, wirft Beides zusammen und bestimmt darüber Folgendes:

Leibgedinge heißt das Gegenvermächtniß, wenn der Frau, anstatt der eigenthümlichen Aussetzung, nur der Nießbrauch

---

29) Eisenhart, Grundsätze des deutschen Rechts in Sprichwörtern, Abth. II, Nr. 23, S. 143 ff.

30) Nach Hofmann, Handbuch des deutschen Eherechts, §. 98, S. 340, in Schlesien, Pommern, Mark Brandenburg.

31) Ausführlicher darüber, mit Angabe der Quellen und zahlreichen Schriftsteller: Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts nach Runde, Bd. VI, §§. 594—599; — Glück, Kommentar, Bd. XXV, S. 308—329.

gewisser Güter oder Kapitalien aus dem Nachlasse des Mannes angewiesen sind [32]).

Eine jährliche Summe, die der Frau aus dem Nachlasse des Mannes zu ihrem Unterhalte während des Wittwenstandes ausgesetzt worden, wird **Witthum** genannt [33]). Ist die Summe des Witthums im Vertrage nicht bestimmt worden, so soll der Richter dieselbe auf den, nach Verhältniß des Standes der Frau nothdürftigen Unterhalt, soweit die Nutzungen ihres eigenen Vermögens dazu nicht hinreichen, bestimmen, und diese Summe soll bis auf den vierten Theil ermäßigt werden, wenn die Frau eigene Mittel zu diesem nothdürftigen Unterhalte hat. Ist die Summe im Vertrage bestimmt und auf die Einkünfte von einem Grundstücke oder Kapital **bloß angewiesen**, so muß, wenn solche nicht ausreichen, das Fehlende aus dem übrigen Nachlasse zugeschossen werden [34]).

Von beiden Instituten, welche sich **wesentlich** von einander nicht unterscheiden, sondern nur verschiedene Namen führen, je nachdem die Mittel des Unterhalts in einem Nießbrauche oder in einer Rente bestehen, gelten gleiche Grundsätze.

aa) Es macht keinen Unterschied, ob der Mann von der Frau ein Heirathsgut oder Ehevermächtniß oder keins erhalten hat.

bb) Leibgedinge und Witthum fallen nach dem Tode der Frau an die Erben, oder Lehns- und Fideikommißfolger des Mannes zurück [35]), d. h. beides erlischt mit dem Tode der Frau, was in der Natur des Nießbrauchs und der Leibrenten (Lebensrenten) liegt. Das Leibgedinge und das Witthum können, dem Rechte (der Substanz) nach, nicht auf Andere übertragen werden, sie sind von der Person untrennbar; aber die Ausübung ist übertragbar. Der Leibgedingerin namentlich kann nicht verwehrt werden, auf die Dauer ihres Rechts das ihr zum Nießbrauch eingeräumte Grundstück zu verpachten oder zu vermiethen [35a]) und Andere zur Theilnahme an ihrem Nießbrauche bei sich aufzunehmen, namentlich ist sie, wenn dazu ein für sie abgesondertes Wohnungsrecht gehört, berechtigt, Freunde und Ver-

---

32) II, 1, §. 457.

33) Ebenda §. 458.

34) Ebenda §§. 462—464. Das „nach Verhältniß des Standes der Frau" soll wohl auf den Stand ihrer Herkunft weisen; sonst hätte es keinen Sinn, da die Frau den Stand ihres Mannes hat.

35) Ebenda §. 470.

35a) „Quamvis uxor fundum —, in quo dotalitium habet, obligare vel alienare aut quidquam aliud facere prohibeatur, quod praejudicet proprietati, — attamen ipsum dotalitium alicui bene locare potest, ita tamen, ut locatio morte uxoris finiatur. — Cum et usufructuario cuivis id facere liceat, — cur non

wandte an der Wohnung Theil nehmen zu lassen [36]). Das Witthum ist ein alljährlich oder periodisch wiederkehrendes bedingtes Forderungsrecht, welches in Ansehung der fällig gewordenen Raten unbedingt cedirt werden kann; man nimmt auch an, daß das ganze Forderungsrecht, auch hinsichtlich der erst künftig fällig werdenden Raten, cedirt werden dürfe, natürlich unbeschadet der Erlöschung, wenn der Tod der Wittwe oder ein anderer Aufhebungsgrund früher eintreten sollte, wofür die Cedentin oder deren Erben Gewähr zu leisten, d. h. die Cessionsvaluta, insoweit dem Cessionar der Genuß entgeht, zurückzuzahlen haben [37]).

cc) Leibgedinge und Witthum hören auch auf, wenn die Frau sich wieder verheirathet [38]). Die Ausdehnung dieses Erlöschungsgrundes, welcher nur bei dem Witthum im gemeinrechtlichen Sinne gilt (lit. a), auf das Dotalitium findet dann nicht statt, wenn die Versorgung als Gegenleistung für das Ehevermächtniß oder für das Eingebrachte oder einen Theil davon, ausgesetzt worden ist [38a]); dieses würde mit den von lästigen Geschäften geltenden Grundsätzen im Widerspruche stehen. Derselbe Erlöschungsgrund soll wirksam eintreten bei Vortheilen, welche der Wittwe von einem Dritten unter dem zur Bedingung gesetzten Verbot, ihren Wittwenstand zu ändern, zugewendet sind [39]), was bei Errichtung von Ehestiftungen nicht selten geschieht.

dd) Leibgedinge und Witthum, sowie die von einem Dritten für den Wittwenstand zugewendeten Vortheile, erlöschen auch alsdann, „wenn die Wittwe einer zum öffentlichen Aergernisse geführten liederlichen Lebensart gerichtlich überwiesen worden ([39])." Etwas Aehnliches kommt oben (lit. a) bei dem Witthum im alten Rechtssinne vor. Unter den Beendigungsgründen desselben findet sich bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern aufgeführt: „durch unzüchtiges und schwelgerisches Leben nicht nur während des Trauerjahres, sondern überhaupt während des Wittwenstandes [40])." Einige bestreiten

---

ergo viduae quoque in dotalitio?" Carpzov, Jurisprud. P. II, const. 42, def. 9. — Vergl. A. L.R. I, 31, §§. 22, 168.

36) Vergl. Erk. des Obertr. vom 19. September 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 134) u. Präj. 519 vom 25. Mai 1838 (Entsch. Bd. IV, S. 23).

37) Erk. des Obertr. vom 14. Oktober 1837 (Entsch. Bd. III, S. 324).

38) A. L.R. II, 1, §. 471.

38a) Ebenda §. 474.

39) Ebenda §. 472.

40) Danz a. a. O. S. 360 u. der in der Note t aufgeführte Estor, Comm. de juribus quibusdam viduarum — ratione amittendi vitalitii, dotalitii etc. (Marburg. 1748) §. 12 p. 35 sqq.

dies. Andere vielmehr behaupten, das Gleiche gelte bei dem Dotalitium oder Leibgedinge. Hiergegen sagt Danz (S. 352): dieser Behauptung liege offenbar eine Verwechselung des Leibgedinges und des Witthums zum Grunde; in Ansehung des letzteren sei dies zwar richtig, nicht aber in Rücksicht des ersteren, da ja dieses auf eine onerose Weise erworben worden. Estor (40) suche durch einen Mittelweg die Meinungen der Juristen zu vereinigen, indem er annimmt, aus den angeführten Gründen werde der für das Leibgedinge abgeschlossene Vertrag in der Maße aufgelöst, daß die Frau nunmehro zwar das Dotalitium nicht mehr ansprechen, aber doch ihr Heirathsgut zurückbegehren könne; allein auch diese Lehre lasse sich, weil ein zweiseitiges oneroses Geschäft hier vorliege, nicht vertheidigen. — Die Unzüchtigkeit als einen Erlöschungsgrund für das Witthum aufzustellen, ist man durch folgende Auffassung gekommen: Der Grund des Witthums liege in einer Versorgung der Wittwe; verändere diese den Wittwenstuhl, so könne sie nicht mehr als Wittwe des Verstorbenen betrachtet werden; die Unverrückung des Wittwenstuhls sei seine stillschweigende Bedingung und diese werde nicht erfüllt, nicht bloß wenn die Wittwe in eine neue bleibende Geschlechtsverbindung trete, sondern auch wenn sie sich einem unzüchtigen Lebenswandel ergebe. Hieraus wird nun der Sinn der landrechtlichen Bestimmung (30): „Das einer Frau zur Bedingung gesetzte Verbot, ihren Wittwenstand zu ändern, wird nicht nur in Ansehung des Leibgedinges oder Witthums, sondern auch in Ansehung der von einem Dritten ihr unter dieser Bedingung zugewendeten Vortheile, außer dem Falle einer wirklichen Heirath, nur alsdann für übertreten geachtet, wenn dieselbe einer zum öffentlichen Aergerniß geführten liederlichen Lebensart gerichtlich überwiesen worden", — nach den verschiedenen Richtungen klar werden. Das „nur" enthält zwei Einschränkungen des gemeinrechtlichen Lehrsatzes, welcher sehr allgemein ein schwelgerisches und unzüchtiges Leben als Aufhebungsgrund aufstellt: die Schwelgerei ist ganz abgewiesen und die Unzucht ist bis auf eine bestimmt qualifizirte Liederlichkeit zurückgeführt, — ein Begriff, der noch immer sehr allgemein und für seine Anwendbarkeit in der Rechtsanwendung schwerlich bestimmt festzustellen ist. Dann entscheidet die Bestimmung zwei Streitfragen: erstens, ob die lasterhafte Lebensart in dem gemeinten Sinne (dieser Sinn ist freilich ungewiß) auch als Aufhebungsgrund bei dem Witthume gelte, und zweitens: ob auch das Leibgedinge oder Dotalitium wegen Wiederverheirathung und wegen liederlicher Lebensart aufge-

hoben werden könne. Die zweite Frage ist nur auf den Fall bejaht, wenn kein lästiger Titel zum Grunde liegt; ist dafür das Eingebrachte ganz oder zum Theil gegeben, so findet die Aufhebung nicht statt ([38a]).

ee) Das durch anderweite Heirath einmal verlorene Recht lebt in dem darauf folgenden Wittwenstande nicht wieder auf[41]), wenn sie von dem zweiten Ehemanne keine Versorgung erhalten hätte und in Dürftigkeit leben müßte. Darüber ist man einig[42]).

5. Aussetzung beliebiger Vermächtnisse oder Fideikommisse, auch Universal-Fideikommisse, von jedem Theile, zu Gunsten ihrer Kinder oder fremder dritter Personen. (S. oben, §. 73, III, Nr. 2.) Wer davon der Belastete sei, hängt davon ab, wie in Beziehung auf den anderen Theil im Vertrage verfügt worden ist. Ist dieser schlechthin zum Erben berufen, sei es auf das Ganze (ex asse), oder nur als Miterbe neben Anderen, so versteht sich, daß der Erbe oder die Erben mit den Vermächtnissen belastet sind. Wird aber dem Anderen nur ein Ehevermächtniß, beziehungsweise ein Gegenvermächtniß ausgesetzt, gleichviel, ob in einer bestimmten Sache oder Summe, oder in einem verhältnißmäßigen Theil des Ganzen (pars quota), so sind die Intestaterben, beziehungsweise die in einem später errichteten einseitigen Testamente des Verfügenden eingesetzten Erben die Belasteten; denn der auf eine pars quota Angewiesene ist, wie vorhin ausgeführt worden, legatarius partiarius. Diese für Dritte errichteten Vermächtnisse sind als einseitige Verfügungen widerruflich, nämlich von Seiten des Verfügenden; der andere Theil kann weder widerrufen, noch kann er dem Widerrufe des Verfügenden widersprechen, denn die Verfügung berührt ihn als Vertragslegatar gar nicht, seine Acceptation bezieht sich nur auf die ihm gemachte Zuwendung. Daher ist auch seine Zustimmung keinesweges erforderlich, wenn der verfügende Theil die Errichtung der in Rede stehenden Vermächtnisse dadurch unwiderruflich machen will, daß er seine Verfügung nachträglich von dem Honorirten acceptiren läßt. Diese Zustimmung ist selbst dann entbehrlich, wenn der Andere zum Erben berufen ist, denn er ist ja nur mit dieser Belastung zum Erben eingesetzt, muß sie also gelten lassen, wenn der Verfügende den Honorirten auch nicht hat beitreten lassen, aber sich des Widerrufs enthalten hat. — Daß der andere

41) A. L.R. a. a. O. §. 473.

42) Klüber, kleine juristische Bibliothek, Bd. VI, Stück 23, Nr. 78, S. 350.

Theil zum gültigen Widerrufe des Verfügenden nicht zu konsentiren nöthig hat, weil seine Acceptation im Vertrage sich nur auf die ihm geschehene Zuwendung bezieht, hat seinen Grund darin, daß er zur Vertretung der honorirten Dritten nicht legitimirt ist, mithin für sie nicht mit acceptiren kann, wenn er es auch gethan hätte. Ist aber der Dritte eine Person, die in seiner rechtlichen Gewalt ist, namentlich sein Kind, so ist die Rechtslage eine andere: hier hat er die Legitimation, für dasselbe mit zu acceptiren, und die Aussetzung von Vortheilen für die gemeinschaftlichen unselbstständigen Kinder, welche an der Errichtung des Vertrages nicht Theil nehmen, kann der verfügende Theil, ohne Zustimmung des Anderen, gewiß nicht widerrufen; aber er kann sie auch nicht **mit** dessen Zustimmung widerrufen, weil durch die berechtigte Acceptation des Anderen, der ja nur als Rechtsvertreter gehandelt hat, den Kindern ein vertragsmäßiges Recht erworben worden ist, welches er nur insofern eigenmächtig wieder aufgeben kann, als er nach der rechtlichen Beschaffenheit des Falles in der Lage ist, namens derselben nach Belieben zu veräußern. — Die Kinder der Paciscenten müssen sich dergleichen Verträge gefallen lassen, sie können nur Ergänzung ihres Pflichttheils, insofern sie darin verkürzt sind, aus dem künftigen Nachlasse fordern [43]).

## §. 80.

### 3. Eingehung und Wirkung.

I. **Bei der Eingehung** der Ehe- und Erbverträge erfordern die Subjekte und Form eine besondere Betrachtung wegen der dabei vorkommenden Eigenthümlichkeiten, welche bei einer bloßen Zurückweisung auf Erbverträge unbeachtet bleiben würden.

1. Hauptpersonen sind hier die Braut- oder Eheleute, aber sie sind es nicht ausschließlich, es können auch Eltern, Verwandte und Freunde [1]) derselben, ja Fremde [2]) als Hauptpersonen bei diesem Geschäfte auftreten.

a) Was die Braut- und Eheleute betrifft, so müssen sie nicht allein die Eigenschaften und Fähigkeiten haben, welche zur Eingehung eines Erbvertrages erforderlich sind (§. 73, I), sondern sie müssen, weil Ehe- und Erbverträge eine gültige Ehe voraussetzen, auch fähig sein, überhaupt eine gültige Ehe zu schließen, insbesondere aber, sich mit einander zu verheirathen. Wäre das nicht der Fall, so würde

43) A. L.R. II, 2, §. 482.

1) A. L.R. II, 1, §§. 276, 294.

2) I, 11, §. 1048.

die Ehestiftung oder der Ehe- und Erbvertrag von Anfang null und nichtig sein, wenngleich sie sonst, außer dem Falle einer Ehe zwischen ihnen, einen gewöhnlichen Erbvertrag würden schließen können.

b) Hinsichtlich der Fähigkeit der etwanigen anderen Pacifcenten kann auf dasjenige, was darüber bei Erbverträgen überhaupt vorgetragen ist (§. 73, I), zurückgewiesen werden. Hier ist nur noch Einiges über die Stellung dieser Personen zu den Braut- oder Eheleuten zu bemerken. Nimmt eine solche Person an der Eingehung des Ehe- und Erbvertrages als Paciscent Theil, so kann dies nur zu dem Zweck geschehen, aus ihrem eigenen Vermögen den Eheleuten etwas wegen ihrer Ehe unter gewissen Bedingungen oder Bestimmungen zuzuwenden, z. B. der Frau ein Heirathsgut zu geben und darüber Bestimmungen auch auf den Todesfall treffen zu lassen. Nach römischem Rechte konnte, namentlich in dem gesetzten Falle, der Dritte nicht allein für sich, sondern zugleich auch Namens der Frau, als deren Rechtsvertreter, handeln. Darüber verhalten sich folgende zwei Stellen: „Cum dos filiae nomine datur, optimum est, pactum conventum cum utroque generum facere, quamquam initio dotis dandae legem, quam velit, etiam citra personam mulieris, is, qui dat, dicere possit. Si vero post datam pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est, quoniam jam acquisita mulieri dos tum esset[3]): quo casu si solus pater pactus esset sine filia, sive solus agat, sive adjuncta filiae persona, ei soli nocebit et proderit pactum conventum; nec si sola filia aget, neque proderit, neque nocebit ei[4]).“ Ferner: „Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult, pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari, potest: legem enim suae rei dicit; postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet[5]).“ Man hält auch für das heutige Gemeine Recht noch den Grundsatz fest: Alle, welche das Heirathsgut dereinst zurückfordern, und von denen es zurückgefordert werden kann, können Eheverträge darüber errichten[6]), d. h. die Frau kann in dem vorausgesetzten Falle, ob-

3) Also ohne ihr Wissen und Willen, durch Rechtsvertretung, war der abwesenden Frau die Dos erworben, welche der Dritte gab.

4) L. 7 D. de pactis dotalibus (XXIII. 4).

5) L. 20, §. 1 D. eodem.

6) Glück, Kommentar, Bd. XXV, S. 343, auf Grund der L. 1, §. 1 D. eodem: „Pacta, quae de reddenda dote fiunt, inter omnes fieri oportet, qui repetere possunt, et a quibus repeti possunt: ne ei, qui non interfuit, apud arbitrum cognoscentem pactum non prosit.“

gleich sie nicht mit paciscirt hat, einen Erbvertrag über die für sie von dem Dritten bestellte Dos schließen, weil sie solche auch zurückfordern könnte. — Nach preußischem Rechte ist die rechtliche Lage der Sache eine andere. Es gibt keine Dos im Sinne des römischen Rechts, welche die Frau zu bestellen verpflichtet wäre, so daß der Mann für seinen Theil von dem Dritten nur das erhielte, was ihm zukäme, und die Frau als domina negotii bei der Geschäftsführung des fremden negotiorum gestor erschiene, folglich über die in ihrem Namen bestellte Dos hinsichtlich der Zurückzahlung nach ihrem Tode verfügen könnte. Daher könnte ihr der Fremde, welcher mit dem Bräutigam oder Manne allein einen Ehevertrag bezüglich auf das demselben zum Zwecke der Ehe Gegebene oder Versprochene schließen wollte, gar kein Recht erwerben, vielmehr ist ihre Mitwirkung als Mitpaciscentin absolut nothwendig, wenn sie an der Freigebigkeit des Dritten Theil nehmen soll. Die Stellung der Parteien ist mithin diese: Zuerst stehen die Eheleute zusammen dem Freigebigen als anderseitige Kontrahenten gegenüber und gewinnen das, was er ihnen zudenkt, unter den von ihm gemachten Bedingungen und Bestimmungen. Darauf schließen sie unter sich ihre Pakta über den ihnen zugewendeten Gegenstand.

2. Die Form ist dreifach verschieden, je nachdem der Vertrag vor Eingehung der Ehe, oder während der Ehe ohne Benachtheiligung der Frau in ihren durch die Eheschließung schon erworbenen Rechten, oder mit Verlust an diesen Rechten geschlossen werden soll.

a) Vor der Eheschließung können Eheberedungen, welche über das Vermögen der künftigen Eheleute, insonderheit der Frau, dessen Einbringung, Verwaltung und Nießbrauch geschlossen werden, auch wenn darin über die künftige Erbfolge unter den Eheleuten, oder über Vermächtnisse zu Gunsten eines Dritten, Verordnungen getroffen werden, nach freier Wahl der Parteien, entweder gerichtlich oder notariell, aber nicht unter bloßer Privatunterschrift, errichtet werden [7]). Es macht, in Rücksicht auf die Form, keinen Unterschied, wenn die dritten Personen ausgesetzten Vermächtnisse, zusammen oder einzeln, den zwanzigsten Theil des Nachlasses übersteigen, was streitig war und durch die Praxis in letzter Instanz festgestellt worden ist [8]).

b) Nach Vollziehung der Ehe müssen Erbverträge unter

---

7) A. G.O. II, 1, §. 10, Nr. 5.

8) Erk. des Obertr. vom 9. November 1857 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 190).

den Eheleuten in der für Erbverträge überhaupt vorgeschriebenen Form, d. h. in einer der ordentlichen Testamentsformen, entweder mündlich zum gerichtlichen Protokolle, oder, außergerichtlich niedergeschrieben und versiegelt, durch beiderseitig persönliche Uebergabe bei Gericht, errichtet werden, auch dann, wenn die Ehefrau darin von ihren gesetzlichen Successionsrechten nichts aufgiebt, mag der Erbvertrag einseitig oder wechselseitig sein[9]).

c) Erbverträge der Eheleute in stehender Ehe, durch welche die Frau, nach der Absicht der Parteien, zu Gunsten oder zum Vortheile des Mannes etwas von ihren bereits durch die Eheschließung erworbenen Rechten verlieren oder aufgeben soll, müssen gerichtlich aufgenommen werden, d. h. der Vertrag muß mündlich zum gerichtlichen Protokoll verlautbart, und der Frau muß ein von ihr erwählter oder vom Richter ernannter Beistand zugeordnet und die Formalien eines mündlichen Testamentes müssen beobachtet werden[10]).

II. Die Wirkung des Erbvertrages besteht nach der Regel darin, daß die Erbeinsetzung oder sonstige Zuwendung von dem Verfügenden nicht willkürlich widerrufen werden kann, nicht auch darin, daß der Honorirte die Erbschaft oder Zuwendung annehmen und sich damit durchaus für abgefunden halten müsse, daß ihm vielmehr freisteht, die Erbschaft aus dem Vertrage auszuschlagen, daß er jedoch, wenn er dieses thut, damit, unbeschadet seines Pflichttheils, der ja auf einem anderen von dem Willen des Erblassers unabhängigen Delationsgrunde beruht, auch die gesetzliche Erbfolge abgelehnt hat. (§. 74.) Nach einer bestrittenen Meinung soll, nach Gemeinem Rechte, bei den Ehe- und Erbverträgen etwas anderes gelten, es soll nicht in der Macht der Frau stehen, von dem einmal abgeschlossenen Wittwenversorgungs-Vertrage abzugehen, also nach des Mannes Tode auf das Leibgedinge zu verzichten und statt dessen die Zurückgabe des Eingebrachten zu verlangen; dieser Zurückforderung stehe der eingegangene Vertrag entgegen. Der Meinung liegt die Auffassung des Erbvertrages als eines Geschäftes unter Lebenden zu Grunde. Die entgegengesetzte Meinung läßt der Frau nach dem Tode des Mannes die Wahl, ob sie das Leibgedinge (die singulären Zuwendungen) annehmen, oder auf dasselbe verzichten und ihr Hei-

9) A. L.R. I, 12, §. 648; II, 1, §. 440. — Pr. des Obertr. 2321, vom 22. Oktober 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 204).

10) A. L.R. I, 12, §§. 648 u. 621; II, 1, §. 441 verb. mit §§. 198 u. 200. — Pr. des Obertr. 2321, vom 22. Oktober 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 204) u. Erk. vom 24. Februar 1851 (Archiv f. Rechtsf. Bd. I, S. 252).

rathsgut zurücknehmen will [11]). Diese Meinung entspricht der herrschenden Lehre von Erbverträgen. Das Landrecht schließt sich jedoch hier der ersten Meinung an, indem es verordnet:

„Ist der Frau die Wahl gelassen: ob sie ihr Vermögen zurücknehmen, oder Witthum fordern wolle; so ist sie nicht schuldig, sich vor Ablauf des Trauerjahres zu erklären. — Hat sie aber alsdann einmal gewählt, so kann sie von ihrer Erklärung nicht wieder abgehen. — Was sie in der Zwischenzeit aus dem Nachlasse des Mannes erhalten hat, das wird ihr, nach Maßgabe ihrer Erklärung, auf ihr Eingebrachtes, oder auf das Leibgedinge oder Witthum angerechnet [12]).“

Die Wahl muß ihr also vorbehalten worden sein, sonst ist sie durch die singulären Zuwendungen (Gegenvermächtniß und dessen beiden Unterarten Leibgedinge und Witthum) abgefunden für ihr Eingebrachtes und für ihr Erbrecht [13]). Damit sind die Verfasser unbewußt in eine Inkonsequenz verfallen. Vom Standpunkte des Gemeinen Rechts kann, abgesehen von der unrichtigen Auffassung des Ehe- und Erbvertrages als eines negotii inter vivos, keine Folgewidrigkeit im Prinzip gefunden werden, denn nach Gemeinem Rechte hat der Ehegatte kein Erbrecht in den Nachlaß des Anderen, und auch sonst aus seinem Nachlasse von Todes wegen nichts zu fordern. Aber das Landrecht giebt ihm ein Erbrecht und sogar einen Pflichttheil, und der Pflichttheil geht dem Erben nicht verloren durch Ausschlagung der Zuwendungen aus einem Erbvertrage. Dieses neugeschaffene Recht, wonach der Ehegatte nicht allein sein Eingebrachtes zurückfordern, sondern auch einen Pflichttheil als Notherbe aus dem Nachlasse des Verstorbenen begehren kann, hat man sich bei diesen Anordnungen nicht vergegenwärtigt; denn ein rechtlicher Grund, den Ehegatten als Notherben, hinsichtlich des Pflichttheils bloß deshalb, weil er Ehegatte ist, anders zu behandeln als jeden anderen Notherben, ist nicht findbar. Noch eine andere Inkonsequenz findet sich hier. Diese Bestimmungen sind nur für den Fall gegeben, wenn die Ehefrau bloß auf ein Vermächtniß (Gegenvermächtniß) angewiesen worden ist. Haben sich beide Eheleute schlechthin zu Erben gegenseitig eingesetzt, so verbleibt es bei der Regel: der hinterbliebene Ehegatte kann die Erbschaft aus dem Vertrage ausschlagen und sei-

---

11) M. s. Danz, Handbuch, Bd. VI, §. 596, Nr. VI, u. die in der Note o aufgeführten Schriftsteller.

12) A. L.R. II, 1, §§. 475—477.

13) Ebenda §§. 445, 446.

nen Pflichttheil oder dessen Ergänzung, die Wittwe auch noch ihr Eingebrachtes als eine Nachlaßschuld, beziehungsweise als ihr Eigenthum fordern. Es läßt sich nicht ergründen, warum beide Fälle so wesentlich verschieden behandelt werden müssen. Auch darin läßt sich ein befriedigender Grund nicht finden, daß dem Ehemanne ein Ehevermächtniß ausgesetzt oder das Eingebrachte ganz oder zum Theil, gleichsam zur Vergeltung des Leibgedinges oder Witthums, von Todes wegen verschrieben worden ist. Denn einestheils kommt dies nicht zur Verwirklichung, wenn der Mann zuerst stirbt, das Ausgesetzte befindet sich also nicht als ihm gehörig in seinem Nachlasse, anderntheils ist eine solche Zuwendung auch gar nicht Bedingung des ausgesetzten Leibgedinges oder Witthums, also ist das Geschäft in keiner Hinsicht ein lästiges Geschäft, und doch soll sich die Wittwe in allen Fällen, wider ihren Willen, nach Eintritt des Erbfalles, damit wegen ihres gesetzlichen Pflichttheils abfinden lassen. Dies paßt nicht in die güterrechtlichen und erbrechtlichen Verhältnisse der Ehefrau, wie sie das Landrecht gegründet hat; die Rechtslage der Ehefrau ist nach dem Landrechte eine von der gemeinrechtlichen wesentlich verschiedene. Deshalb sind die in Rede stehenden Bestimmungen Singularitäten für partikulare Zuwendungen.

Ist eine gegenseitige Erbfolge, oder auch nur eine einseitige Erbfolge bestimmt worden, so hat der Ueberlebende, welcher zur Erbfolge in den Nachlaß des Erstverstorbenen berufen ist und die Erbschaft annimmt, ein wahres Erbrecht; er ist der einzige wahre Erbe des Verstorbenen, falls er auf das Ganze (ex asse) eingesetzt ist; er ist aber auch dann Erbe ex pacto, wenn er nur auf einen Theil des Ganzen berufen ist: auch in diesem Falle ist die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen und auf die statutarische Portion ist eben durch die Annahme der vertragsmäßigen Erbschaft Verzicht gethan, weil Niemand aus zwei verschiedenen Delationsgründen zweimal Erbe sein kann[14]). Das Landrecht stimmt hiermit überein, indem es ver-

14) Böhmer, de success. hered. conjugum ex pact. dotal., cap. II, §. 10 (in Exercitt. ad Pand. Tom. IV, p. 712): „Est igitur successor pactitius, et sic quoque conjux superstes ex pactis dotalibus succedens, non successor quidam singularis, sed potius unicus et verus heres, nec extra illum alius ab intestato, per pactitium quippe exclusus. Quod etiam agnoscunt plerique interpretes, concedendo heredi pactitio tum hereditatis petitionem conventionalem, tum Remedium ex lege F. C. de edicto D. Hadriani tollendo, quod fieri non posset, nisi pactitius heres aeque esset verus, unicus et universalis heres, ut testamentarius.“ Dies ist gegen die Meinung gerichtet, daß der Erbe ex pact. dotal. nur Singularsuccessor, der Intestaterbe aber wahrer Erbe sei und jenem die Quarta Falcidia abziehen könne. — Vergl. auch Glück, Kommentar, Bd. XXV, S. 380, 381.

ordnet: „Was von Erbverträgen überhaupt verordnet ist, findet auch bei solchen Erbverträgen Anwendung, welche Eheleute vor oder nach der Verheirathung geschlossen haben [15].“ — Was Rechtens sei, wenn der Ueberlebende die Erbschaft ex pacto ausschlägt, ist bereits oben (§. 79, II, Nr. 1) erörtert. — Es ist jedoch noch eine andere Frage übrig. Ein allgemeiner Lehrsatz ist: Erbverträge dürfen den Rechten dritter Personen, welche an der Errichtung nicht Theil genommen haben, keinen Eintrag thun, nach der Regel: „non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri“ [16]). Daher können Notherben in ihrem Pflichttheile durch Ehe- und Erbverträge nicht verletzt werden. Hinsichtlich der Kinder beider Ehetheile, oder des Einen und des Anderen, ist hierbei nichts zweifelhaft, nach landrechtlichen Grundsätzen muß den schon vorhandenen Kindern bei Eintritt des Erbfalles ihr Pflichttheil ausgewiesen oder, wenn sie bedacht, jedoch verkürzt sind, ergänzt werden. Aber in Betreff der Eltern stellt sich die Frage: ob, wenn Eltern in die Ehepakten ihrer Kinder eingewilligt haben und darin eine gegenseitige Erbfolge unter den Eheleuten festgesetzt worden ist, diese Einwilligung für eine wirksame stillschweigende Entsagung des Pflichttheils anzusehen sei. Darüber ist man nach Gemeinem Rechte nicht einerlei Meinung. Carpzow behauptet, der Pflichttheil bleibe vorbehalten, wenn darauf nicht ausdrücklich Verzicht gethan sei, und argumentirt: „Sicuti statutum generaliter disponens parentum legitimam non excludit, ita nec pacta dotalia verbis indefinitis concepta [17]).“ J. H. Böhmer widerlegt ihn: „A casu statuti ad casum pacti argumentum trahi non potest: parentes enim, dum vel ipsimet pacta haec liberis condunt, vel saltim iis subscribunt (quos casus Carpzov expresse supponit), per talia facta contrarium satis innuunt et juri suo renunciant. Sciunt enim, illud his pactis agi, ut omnia praedefuncti bona, qualiacunque fuerint, sine ulla reservatione, ad superstitem perveniant conjugem, in quod cum consentiunt, nihilque ex iis reservarunt sibi, beneficio juris Romani frui noluerunt, et sic iis inposterum obstat regula juris: ad jura renunciata non datur regressus.“ Indeß ist er der Sache nicht gewiß, denn er fügt hinzu: „Sine dubio tamen consultius est, ut parentes expresse legitimae renuntient, quo minus callida in-

---

15) II, 1, §§. 439, 440.

16) L. 74 D. de div. regul. juris (L, 47).

17) Jurisprud. forens. P. III, const. 12, def. 3 et 4.

terpretatio inposterum excludatur[18]." Andere nehmen eine in der Genehmigung des Vertrages liegende stillschweigende Entsagung bestimmt an[19]. Allein nach dem Allgemeinen Landrecht ist die Lehre von dem stillschweigenden Erbverzicht zu verwerfen. Es handelt sich hier um einen Vertrag der Eltern mit ihren Kindern, wodurch die Eltern einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagen. Dergleichen Verträge können nicht stillschweigend und auch nicht einmal ausdrücklich ohne Beobachtung der für Erbverträge vorgeschriebenen Form geschlossen werden, daher kann jene Frage auf dem Gebiete des Allgemeinen Landrechts nicht gestellt werden. Ist der Eltern ihres eventuellen Notherbenrechts wegen, im Falle sie nicht durch Nachkommen der Eheleute davon ausgeschlossen werden, in der Weise, daß sie den Pflichttheil nach dem Tode des Längstlebenden zu erhalten haben, ausdrücklich gedacht, und sie erkennen den Vertrag an, so handeln sie nicht als Nebenpersonen kraft ihres elterlichen Zustimmungsrechts allein, sondern sie sind insoweit ebenfalls Hauptparteien und werden durch ihren Beitritt fideikommissarische Erben wegen ihres ihnen aus dem Nachlasse des Erststerbenden gebührenden Pflichttheils, welchen sie dann, wenn sie den erststerbenden Ehegatten überleben, auf ihre Erben transmittiren, so daß derselbe aus dem Nachlasse des Ueberlebenden zu entrichten ist[20].

## §. 81.

### 4. Aufhebung.

Ehe= und Erbverträge verlieren außer den allgemeinen, noch aus folgenden besonderen Gründen ihre Gültigkeit: 1. Durch den Tod eines der Verlobten, durch einseitigen Rücktritt von dem Eheverlöbnisse und durch eingetretene Unfähigkeit eines der Brautleute zur Eingehung einer Ehe, weil es in diesen Fällen entschieden ist, daß die vorausgesetzte Ehe nicht erfolgt, also die Bedingung des Vertrages nicht eintritt. 2. Durch einseitigen Widerruf, wenn es nach der Fassung zweifelhaft ist, ob die Eheleute einen Erbvertrag oder ein wechselseitiges Testament haben errichten wollen, und die Vermuthung für das Letztere nicht durch Beweis des Gegentheils widerlegt werden kann[1]. Diese Ver=

---

18) D. de success. hered. conjugum, l. c. §. 10, pag. 713.

19) Glück a. a. O. S. 374; Pufendorf, Obs. jur. univ. Tom III, obs. 116; Leyser, Medit. ad Pand., Sp. 309, m. 4 u. A.

20) A. L.R. I, 12, §§. 631, 632.

1) A. L.R. II, 1, §. 447.

muthung kann bei dem Vertrage zwischen Verlobten nicht eintreten, weil diese ein wechselseitiges Testament nicht errichten können [2]), folglich ein Zweifel darüber: ob sie ein solches haben errichten wollen, nicht entstehen kann. Eine besondere Beweisführung zur Widerlegung jener Vermuthung ist nicht vorgeschrieben. 3. Durch wechselseitige Einwilligung (mutuo dissensu). Soll dieselbe während der Ehe erklärt werden und die Frau soll durch Aufhebung des Vertrages im Verhältnisse gegen die ihr darin zugesicherten Rechte etwas verlieren, so muß diese Einwilligung in der Form eines mündlichen Testamentes und unter Zuziehung eines der Frau zugeordneten Beistandes, den die Frau wählen kann, oder, wenn sie dies nicht will, der Richter ernennen muß, vor gehörig besetztem Gerichte erklärt werden, oder der Widerruf ist seitens der Frau ungültig [3]). Auch wird vorausgesetzt, daß durch diese Aufhebung nicht die Rechte eines Dritten, namentlich eines dem Vertrage mit Bewilligung der Eheleute beigetretenen Mitkontrahenten verletzt werden [4]), sonst müßte auch dieser einwilligen. 4. Durch Kinderzeugung, nach der Parömie: Kinderzeugen bricht Ehestiftung, vorausgesetzt, daß der Kinder wegen in dem Vertrage nicht Vorsehung getroffen worden; denn auf diejenigen Eheverträge, in welchen solches geschehen, erstreckt sich die Parömie nicht [5]), was auch den Grundsätzen über nachgeborne Kinder, welche nicht übergangen sind, entspricht. Dieser Aufhebungsgrund ist gemeinrechtlich streitig. Diejenigen, welche den übergangenen Nachgeborenen das Recht bestreiten, den Vertrag umzustoßen, wollen nicht den Pflichttheil streitig machen, diesen wollen sie den Kindern zukommen lassen, welche in dem Vertrage übergangen worden sind; sie sollen nur den Vertrag nicht anfechten, d. h. die Eröffnung der Intestaterbfolge nicht verlangen dürfen. Dagegen berufen die Gegner sich darauf, daß es dem Justinianschen Rechte nicht genug sei, wenn die Kinder ihren Pflichttheil der Quantität nach bekommen, sie sollen ihn auch in der gehörigen Qualität, nämlich titulo universali erhalten. Hätten sie ihn nicht in dieser gesetzlichen Eigenschaft als Erben erhalten, so könnten sie die ihnen

---

2) Ebenda I, 12, §. 614.

3) II, 1, §. 442 verb. mit §§. 198, 200; I, 12, §§. 636, 587 ff. — Vergl. die oben in der Anm. 10 zu §. 80 angef. Präjudize des Obertribunals.

4) L. 11, L. 74 D. de regulis juris (L, 17). — Pütter, auserlesene Rechtsf., Bd. I, Th. 2, resp. XLV.

5) Eisenhart, deutsches Recht in Sprüchwörtern, S. 145; u. Dess. D. de pactis dotalibus ob supervenientiam liberorum haud tollendis, §. 28, in opusc. S. 269.

nachtheilige Disposition rescindiren lassen und verlangen, daß ihnen die Erbschaft als Intestaterben zuerkannt werde [6]). Nun hat zwar dieser Grund im Landrechte keine Anerkennung gefunden, denn die übergangenen Nachgeborenen können nur ihren Pflichttheil, neben den Testamentserben, fordern (§. 66). Aber dasselbe hat, inkonsequenterweise, den Rechtssatz, daß nachgeborene, im Vertrage übergangene Kinder den Erbvertrag dergestalt umstoßen dürfen, daß die Intestaterbfolge eintritt, aufgenommen, nicht in direkter Redeweise, sondern implicite in einer Bestimmung über die Aufhebung des Erbvertrages durch wechselseitige Einwilligung (Nr. 3). Die Verordnung lautet: „So lange dergleichen gerichtliche Erklärung nicht erfolgt ist, bestehet ein solcher Erbvertrag, wenngleich aus der Ehe Kinder erzeugt worden, die aber vor den Eltern wieder verstorben sind [7])." Hierdurch ist zugleich eine andere Kontroverse entschieden, auf welche Suarez mit den Worten hinweiset: „Die Theorie des Gesetzbuchs beruhet auf den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen überhaupt, von Erbverträgen insonderheit, und von letztwilligen Verordnungen; — und es sind nur einige, bisher zweifelhaft und streitig gewesene Fälle, besonders in den §§. 443 —— entschieden worden [8])." Die Frage war die: ob die bloße Geburt eines Kindes allein schon den Vertrag umstoße, oder ob es darauf ankomme, daß dasselbe auch zu der Zeit noch vorhanden sei, wo der Vertrag, nach der Absicht der Paciscenten, in Wirksamkeit treten soll, also zu der Zeit, wo der Erststerbende mit Tode abgeht. Darüber waren die Meinungen verschieden [9]). Indem das Landrecht diese Frage entscheidet, stellt es den Rechtssatz fest, daß die Geburt der Kinder, wenn sie nicht vor dem Erblasser wieder verstorben sind, den Erbvertrag umstößt. Doch betrifft dies nur die Verabredungen, welche sich auf den Todesfall beziehen; in Ansehung alles Uebrigen, was sonst noch unter den Eheleuten, außer der Erbfolge, verabredet ist, behält der Vertrag seine Kraft. Die Bestimmungen über die Erbfolge werden auch dann aufgehoben, wenn der Ueberlebende nach Antretung der Erbschaft des Vorverstorbenen noch in einer neuen

6) Glück a. a. O. S. 388. — Pufendorf, Observation. jur. univers., Tom. II, obs. 173. Diese schließen von Testamenten auf Verträge; die Gegner bestreiten die Gültigkeit dieses Schlusses.

7) II, 1, §. 443.

8) Schlußvorträge, in den Jahrbüchern, Bd. XLI, S. 118.

9) M. s. unter Anderen: Danz a. a. O. §. 568 und Runde, Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 568. — Carpzov, Jurispr. for. P. II, const. 43, def. 12—14, u. Stryk, de success. ab intestato, diss. VIII, cap. 5, §. 42.

Ehe Kinder erzeugt oder die Wittwe außer der Ehe Kinder, die von der Mutter den Pflichttheil zu fordern haben, gebiert und diese sie überleben. Dadurch werden die Anordnungen des Ueberlebenden im Erbvertrage über den eigenen Nachlaß entkräftet, so daß die Intestaterbfolge in seinen Nachlaß eintritt, dergestalt, daß er auch nicht berechtigt sein soll, selbst durch letztwillige Disposition die zu Gunsten der Kinder erster Ehe getroffenen Bestimmungen zu ihrem Nachtheile abzuändern, sondern insofern beschränkt bleibt, daß er es hinsichtlich dieser Kinder bei der Intestaterbfolge in seinen Nachlaß belassen muß. Dieses hat das Obertribunal als Rechtsgrundsatz durch einen Plenarbeschluß festgestellt[10]). Der hervorgehobene Satz leuchtet nicht ein. Woher sollen die Kinder erster Ehe, die im Vertrage gehörig bedacht sind, einen Anspruch auf die Intestaterbfolge haben? Mache man sich die Rechtslage nach den landrechtlichen Grundsätzen klar. Zwei junge Eheleute errichten einen Erbvertrag, worin sie sich wechselseitig und die aus ihrer Ehe etwa entsprießenden Kinder nach dem Tode des Letztlebenden zu Erben einsetzen. Der Mann stirbt mit Zurücklassung seiner Frau und eines mit ihr erzeugten Kindes. Die Wittwe tritt die Erbschaft an. Nun steht die Sache so, daß die Wittwe die Hälfte des Nachlasses ihres Mannes als ihren vertragsmäßigen Erbtheil für sich genommen und mit ihrem eigenen Vermögen verschmolzen hat; die andere Hälfte befindet sich ebenfalls in ihrem Besitz und Genuß, aber als fideikommissarisches Erbtheil ihres Kindes erster Ehe. Demnächst schließt sie eine neue Ehe und gebiert darin ein Kind, an welches so wenig wie an ihren zweiten Mann, der nun ebenfalls ihr Pflichttheilserbe geworden, in dem Erbvertrage gedacht ist. Von dem Manne soll hier abgesehen sein, um die juristische Sachlage möglichst einfach zu halten. Die Sache steht nun so, daß sie von ihren vertragsmäßigen Bestimmungen ihrerseits nicht zurück kann. Warum? Weil ihr Kind erster Ehe, für welches der Vater die Erbeseinsetzung in ihren dereinstigen Nachlaß mit acceptirt hat, ihr als wirklicher Mitpaciscent gegenüber steht; sie hat ihm die alleinige Erbfolge in ihren eigenen Nachlaß vertragsmäßig zugesichert. Nun ist ihr ein Posthumus geboren. Dadurch ist der Erbvertrag nicht absolut entkräftet, er ist nicht einmal relativ ungültig, der Posthumus hat, wenn er künftig seine Mutter überlebt und deren Erbe werden will, nur das Recht, die ganze ver-

---

10) Pl.-Beschl. (Pr. 2145) vom 3. Oktober 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 19).

tragsmäßige Erbeseinsetzung rescindiren zu lassen und dadurch die Intestaterbfolge herbeizuführen. Ob das geschehen wird, ist völlig ungewiß, das nachgeborene Kind kann vor der Mutter sterben, es kann auch, wenn es sie überlebt, die ganze Erbschaft fahren lassen, kurz, so lange der Nachgeborene die Rescission des Erbvertrages nicht ausgewirkt hat, besteht derselbe in Rechtskraft, das Kind erster Ehe hat durchaus kein Recht, auf die Intestaterbfolge irgendwie hinzuwirken. Wie steht es nun mit einer anderen letztwilligen Disposition der Mutter? Wäre der Erbvertrag durch die Geburt ihres darin übergangenen Kindes absolut von Rechtswegen vernichtet, wo sollte da ein Hinderungsgrund findbar sein, ganz beliebig über ihren künftigen Nachlaß letztwillig zu verfügen? Aber da der Vertrag fortbesteht, so lange der einzig dazu Berechtigte ihn nicht umstößt, und die Mutter gar nicht wissen kann, ob dieses überhaupt geschehen wird; so ist es wohl klar genug, daß sie nicht gegen dessen Inhalt unbedingt verfügen kann; und da sie zu der Zeit, wo dieser Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen kann, nicht mehr lebt, so scheint ihr die Möglichkeit zu testiren für alle Zeiten genommen zu sein, wenigstens ließe sich nach den Grundsätzen des römischen Rechts über Bedingungen und Zeitbestimmungen bei Erbeseinsetzungen vielleicht streiten. Nach den Grundsätzen des Landrechts jedoch sind Erbeinsetzungen unter Bedingungen aller Art und unter Zeitbestimmungen in der verschiedensten Anwendung zulässig. Wie würde es nun stehen, wenn in dem gesetzten Falle die Mutter also testirte: „Auf den Fall, daß ich vor meinem Kinde zweiter Ehe versterbe und dann mein Kind zweiter Ehe meinen Erbvertrag umstößt, setze ich zu meinen Erben ein: meinen Ehemann, meinen einzigen Sohn erster Ehe und mein Kind zweiter Ehe; meinen Sohn erster Ehe jedoch nur auf den Pflichttheil?" Wer soll dieses Testament, wenn der vorausgesetzte Fall eintritt, anzufechten und auf die Eröffnung der Intestaterbfolge zu bestehen ein Recht haben? Der Sohn erster Ehe aus dem Erbvertrage? Mit welcher Klage? Der Vertrag ist ihm gegenüber im Punkte der Erbfolge annullirt, folglich kann er daraus keinen Klagegrund hernehmen. Aus dem Intestaterbrechte kann er auch keine Anfechtungsklage gegen das Testament haben, ab intestato hat er nicht mehr zu fordern als den Pflichttheil. Das Kind zweiter Ehe und der Wittwer haben kein Interesse aber auch kein Recht, das Testament umzustoßen. — Nach dieser Betrachtung ist jener Satz des Obertribunals wohl nicht als gültig anzuerkennen. 5. Durch Annullirung

oder Trennung der Ehe[11]), doch verliert dadurch nicht auch der unschuldige Theil die ihm für den Fall der Auflösung der Ehe in dem Vertrage ausgesetzten Vortheile; indeß besteht darüber keine Meinungseinhelligkeit unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern, indem Einige den Erbvertrag schlechthin für entkräftet halten[12]), Andere dieses bloß auf den schuldigen Theil beschränken[13]). Das Landrecht hat die zweite Meinung aufgenommen, durch folgende Bestimmung: „Ist die künftige Erbfolge durch Verträge bestimmt: so erhält der unschuldige Theil in der Regel alles das, was ihm darin auf den Todesfall des Schuldigen verschrieben worden." Dies gilt jedoch nur zu seinem Vortheile. „Sind die nach den Verträgen dem Unschuldigen zukommenden Vortheile geringer als die gesetzliche Abfindung: so kann derselbe diese letztere, statt der Abfindung, fordern." Nur soll dies wieder nicht stattfinden, sondern es bei der geringeren vertragsmäßigen Abfindung verbleiben, wenn Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind, und in dem gleichen Falle soll auch der Vertrag zu Gunsten der Frau nicht gelten, wenn die vertragsmäßige Abfindung des unschuldigen Theils stärker als die gesetzliche ist: dann muß sich der Unschuldige gleichfalls mit der gesetzlichen Abfindung begnügen. Sind keine Kinder vorhanden, so soll der unschuldige Theil an den Vertrag sich halten können, aber doch auch wieder mit der Beschränkung, daß dem Schuldigen niemals mehr, als höchstens die Hälfte von der Substanz oder dem Nießbrauche seines Vermögens genommen werden kann; und endlich soll der unschuldige Theil, statt der Abfindung aus den Verträgen, standesmäßige Verpflegung auf Lebenslang von dem Schuldigen und dessen Erben fordern können[14]). Man ersieht hieraus, daß der Ehe- und Erbvertrag durch die Ehetrennung eigentlich nach beiden Seiten entkräftet ist, und daß nur in einigen Fällen der Unschuldige seine Abfindung nach Maßgabe der Bestimmungen des Vertrages soll fordern können. — Zu diesem Aufhebungsgrunde gehört eine Frage, nämlich die: ob der durch die Ehetrennung aufgehobene Ehe- und Erbvertrag durch Wiederverheirathung der getrennten Eheleute mit einander von selbst wieder in Kraft tritt. Die Frage bezieht sich nicht auf den Fall der Nichtigkeitserklärung der Ehe und der

11) Cap. 4 X. de donation. inter vir. et uxor. (IV, 20).

12) Eichhorn, Einleitung (1. Ausg.) §. 345, S. 802; Glück a. a. O. §. 1249, Nr. 2.

13) Stryk, de successione ab intestato, diss. VIII, cap. 5, §§. 44, 45; Mevius, Decis., P. IV, dec. 137; Carpzov, Jurispr., P. III, const. 26; Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 410, Nr. VII.

14) A. L. R. II. 1, §§. 792—810.

demnächst erfolgenden Eingehung einer gültigen Ehe zwischen denselben Parteien, denn wenn die bei Schließung der Ehestiftung vorausgesetzte Ehe nichtig ist, so ist auch der Ehe- und Erbvertrag von Anfang null und nichtig, kann also niemals von selbst gültig werden. Bei der Frage ist also nur der Fall der Scheidung vorausgesetzt. Das römische Recht nimmt an, daß durch die darauf folgende eheliche Wiedervereinigung der Ehegatten die bei Eingehung der nachher getrennten Ehe errichteten pacta dotalia stillschweigend wieder hergestellt werden, wenn inzwischen in Beziehung auf die Zurücknahme derselben nichts geschehen ist[15]). Dieser Rechtsgrundsatz findet sich im Allgemeinen Landrechte in keiner Weise anerkannt und nach allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechts ist die Frage zu verneinen.

## §. 82.

### V. Von dem Erbentsagungsvertrage.

I. Geschichtliches. Der Erbentsagungsvertrag oder Erbverzicht, von Hasse auch Enterbungsvertrag genannt[1]), ist derjenige Vertrag, welchen die ältern romanisirenden Juristen bei ihrer Eintheilung der pacta successoria als pactum renunciativum bezeichnen (§. 70), und die Franzosen renonciation à une succession future nennen. Nach römischem Rechte war ein solcher Entsagungsvertrag in der Regel nichtig, die Ausnahmen können bei Seite gelassen werden[2]), weil sie für das heutige Recht zum Verständnisse nichts beitragen. Jene Juristen, welche den Erbverträgen die Gültigkeit absprechen (§. 71) und nur Ausnahmen, die sich nach ihrer Ansicht aus dem römischen Rechte rechtfertigen lassen sollten, gestatteten, machten doch mit dem Erbverzicht eine allgemeine Ausnahme, indem sie dessen Gültigkeit anerkannten, wenn er beschworen worden war. Diese Gültigkeit führten sie auf das kanonische Recht[3]) zurück. Der Jenaische Professor Barth. Musculus zuerst gründete solche auch

---

15) L. 40 D. de jure dotium (XXIII, 3): „Divus Severus rescripsit — in haec verba: Si mulier, quae dotem dederat, post divortium rursus in matrimonium redit, non revocatis instrumentis, non dubitabit is, apud quem res agetur, secundum voluntatem mulieris, quae utique non indotata redire in matrimonium voluit, partibus suis fungi, quasi renovata dote.“ Vergl. L. 30 D. eodem. — Sogar wenn die Frau inzwischen mit einem Anderen verheirathet gewesen war. L. 64 D. eodem: „Post divortium mulier, si de dote maritus nihil cavit, et cum alii nupsisset, postea ad priorem virum rediit, tacite dos ei redintegratur.“

1) Rheinisches Museum, Jahrg. II, S. 151.

2) Vorgetragen sind sie von Glück, im Kommentar, Bd. VII, S. 130.

3) Cap. 2 de pactis in 6 (I, 18).

auf deutsche Rechtsgewohnheit, auf sächsisches Recht, auf Statute und auf die Kammergerichts-Praxis [4]). Daß die neue Doktrin den Eid überhaupt für überflüssig erklärt, ist schon bekannt.

II. Begriff. Man versteht unter dem Erbentsagunsvertrag einen Vertrag des künftigen Erben mit dem Erblasser, wonach der Erste nicht des Anderen Erbe werden soll, wodurch er also auf seine gesetzliche oder vertragsmäßige Erbfolge in dessen dereinstigen Nachlaß verzichtet. Der eigentliche unmittelbare Gegenstand des Verzichtes, d. h. dasjenige, auf was der Verzicht zu beziehen sei, steht noch nicht fest. Nach einer Ansicht darf er nicht als das Versprechen aufgefaßt werden, sich der Erbschaft, falls und wenn sie deferirt werden würde, zu entschlagen; sondern das Erbrecht selbst und unmittelbar sei der Gegenstand desselben. Von anderer Seite wird diese Ansicht nur in Beziehung auf ein vertragsmäßig erworbenes Erbrecht für richtig anerkannt, da der Erbverzicht ohne Zweifel eben das direkt aufheben könne, was der Erbvertrag gegeben habe. In Betreff des gesetzlichen Erbrechts sei die Ansicht nicht zuläßig. Zuvörderst stehe ihr hier entgegen, daß das gesetzliche Erbrecht beim Leben des Erblassers noch gar nicht als ein wirkliches Recht existire, und daher auch nicht unmittelbar Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein könne. Demnächst werde die Ansicht auf ein Prinzip gestützt, mit welchem dieselbe in mehrfachen Widerspruch trete. Man halte sich bei der Ansicht von der unmittelbaren, direkten Vernichtung des Erbrechts durch den Erbverzicht an das leitende Prinzip, daß, wie der Akquisitiv-Erbvertrag im Augenblicke des Todes des Erblassers keine andern Wirkungen hervorbringe, als das Testament, so auch die Wirkungen des Erbverzichts in jenem Augenblick von denen der testamentarischen Enterbung nicht verschieden sein könnten. Dem widerspreche es, daß nach jener Ansicht der Renuntiant im Augenblicke des Todes des Erblassers als gar nicht vorhanden in Betreff der Erbfolge betrachtet werden müsse, daher u. A. bei Berechnung des Pflichttheils der übrigen Erben nicht berücksichtigt werden dürfte, und falls er der Sohn des Erblassers war, würden seine Descendenten zur Erbschaft berufen sein. Beides sei nicht der Fall, das Erstere nicht, weil der

---

4) De successione conventionali et anomala classis prima (zuerst Francof. 1606), Cl I, membr. 2, concl. 4: „Et quidem de renunciationibus foeminarum — prius agendum. Has licet jus civile ignorat, imo rejicit, agnoscit tamen et probat Germaniae nostrae consuetudo bona ratione — — recepta. — Conclus. 5. Fundamentum insuper habet haec conventionalis successionis species non solum in jure canonico, sed et saxonico, locorum et civitatum statutis, ipsoque — camerali judicio.“ — M. s. auch Beseler a. a. O. S. 151.

Erbverzicht als eine res inter alios gesta keinen Einfluß auf das Recht Anderer haben dürfe, das Letztere werde selbst von dem Vertreter jener Ansicht geleugnet und auch sonst von Niemand behauptet. Daher sei der Erbverzicht nicht direkt auf das gesetzliche Erbrecht, sondern auf die künftig deferirte Erbschaft zu beziehen; darum aber sei das Geschäft nicht als ein bloß obligatorisches zu betrachten, indem es sich von der Ausschlagung einer deferirten Erbschaft nur durch seinen eventuellen Charakter unterscheide [4a]). Dieser Ansicht entsprechen die Grundsätze des Allgemeinen Landrechts.

Es gehört nicht zum Wesen, daß er für den Verzicht wegen der Erbschaft abgefunden wird, er kann auch schlechthin verzichten; es kann aber auch der Entsagungsvertrag durch Abfindung von der künftigen Erbschaft, nur nicht durch einseitige Aussetzung der Abfindung geschlossen werden. Es ist ferner nicht nothwendig, daß damit zugleich ein Erbeinsetzungsvertrag verbunden wird, d. h. daß diejenige bestimmte Person, die sonst nicht Miterbe künftig sein würde, weil sie ein Fremder ist, und zu deren Gunsten daher Verzicht gethan wird, zugleich als Mitkontrahent auftrete [5]); geschieht es aber: so ist dieser nicht der anderseitige Mitpaciscent des Verzichtenden, sondern der Gegenkontrahent des künftigen Erblassers, welchem gegenüber allein der Verzicht gethan ist; denn der Verzichtende, welcher zu Gunsten eines Anderen entsagt, kann dadurch diesen nicht zum Erben machen; der Erblasser ist es, welcher sich seinen Erben ernennen muß; der Verzicht interessirt ausschließlich nur ihn, weil er dadurch in die Lage versetzt wird, in die Stelle des Verzichtenden, den er nicht zum Erben haben mag, eine andere Person, die er sich zum Erben wünscht, einzusetzen. Dieser Vertrag ist es, auf welchen folgende etwas schief gefaßte Bestimmungen des Landrechts sich beziehen: „Zu Gunsten eines Fremden gelten dergleichen (Entsagungs-) Verträge nur alsdann, wenn derjenige, über dessen Nachlaß verfügt werden soll, dem Vertrage als Mitkontrahent ausdrücklich beitritt [6]). — Im letzteren Falle ist aber auch dieser künftige Erblasser an einen solchen Vertrag, wie an seinen eigenen Erbvertrag [7]) gebunden, und darf

---

4a) Albrecht, in Richter u. Schneider kritischen Jahrbüchern, Bd. XI, S. 349 gegen Beseler, Erbverträge, Bd. III, S. 230 ff. u. 236.

5) Vergl. Hasse a. a. O.; Mühlenbruch, in der Forts. von Glück, Bd. XXXVIII, S. 76.

6) Er ist gerade die Hauptperson, er muß den Verzicht acceptiren und den Fremden zu seinem Erben ernennen; der Fremde hat nur die Erbeseinsetzung zu acceptiren.

7) Der Vertrag ist in der That und Wahrheit sein eigener Erbvertrag, der

demselben zuwider, so wenig durch Testamente, als durch spätere Erbverträge verfügen." Nun folgt noch: „Es begreift also eine dergleichen gültige Entsagung des gesetzlichen Erbrechts auch die des Erbrechts aus einer letztwilligen Verordnung, sowie umgekehrt, unter sich [8])." Um die letztere Bestimmung nicht für völlig bedeutungslos zu halten, muß man unter der „letztwilligen Verordnung" einen Erbvertrag verstehen, der früher mit dem Entsagenden abgeschlossen worden war; denn um einen testamentarisch eingesetzten Erben wieder los zu werden, ist niemals dessen Entsagung erforderlich, der Testator braucht nur einseitig zu widerrufen oder ein anderes Testament zu machen; auch kann ja Niemand einem Rechte entsagen, was er nicht kennt, daher kann man nicht der Erbschaft aus einem Testamente entsagen, dessen Inhalt vor der Publikation rechtlich als unbekannt gilt. Nebenbei kann die Bestimmung auch als Vorschiebung eines Riegels gegen etwaige Ansprüche aus dem Testamente angesehen werden, im Falle der Erblasser das Testament nicht widerrufen oder abgeändert hätte und somit solches nach seinem Tode zur Publikation gelangte. — Das Rechtsgeschäft, von welchem hier gehandelt wird, besteht aus zwei gleichsam ineinandergeschobenen oder mit einander verschmolzenen Verträgen: dem Erbverzichtsvertrage zwischen dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Erben und dem künftigen Erblasser, und dem Erbeinsetzungsvertrage zwischen dem künftigen Erblasser und dem an die Stelle des Entsagenden tretenden neuen Erben. So erscheint hier der Entsagungsvertrag zugleich als ein akquisitiver Erbvertrag, beide in Eins verbunden, was jedoch etwas Zufälliges ist.

III. Eingehung. Bei der Eingehung wird die Aufmerksamkeit besonders auf die Personen und auf die Form gezogen.

1. Die handelnden Personen sind gewöhnlich Eltern und Kinder; es ist zulässig, daß Eltern mit den Kindern selbst Erbverträge jeder Art schließen [9]). Auf beiden Seiten müssen die Eigenschaften und Fähigkeiten, Erbverträge zu schließen (§. 73, I), vorhanden sein; hier kommt aber noch ein besonderes Erforderniß in der Person der Kinder in dem Falle hinzu, wenn ein Kind seinem Erbrechte ganz entsagen, oder in dem ihm gebührenden Pflichttheile verkürzt werden soll: in diesem Falle muß das betroffene Kind nicht

---

Entsagende kann ihm keinen Erben ernennen. Das Rechtsverhältniß ist dem Verf. völlig unklar gewesen.

8) I, 12, §§. 650—652. Auf Familienverträge bezieht sich dieses nicht; §. 655.

9) II, 2, §§. 481, 483.

bloß volljährig, sondern auch der väterlichen Gewalt nicht mehr unterworfen sein [10]), und zwar ohne Unterschied: ob die Entsagung gegen Abfindung, oder unter Umständen erfolgt, wo das entsagende Kind schon von dem Parens Zuwendungen erhalten hat, die es auf seinen Erbtheil sich anrechnen lassen mußte, oder nicht [11]); denn Abfindung des Entsagenden wegen seines Erbrechts ist kein Essentiale des Entsagungsvertrages (II). — Aus dem Gesagten und aus dem Begriffe eines Erbvertrages erhellet, daß der Erblasser bei dessen Eingehung ganz nothwendig als Hauptpartei handelnd mit auftreten muß. Eine Auslegung der Legalstellen seitens des Obertribunals führt zu der Absurdität, daß derjenige, zu dessen Gunsten ein gesetzlicher oder Vertrags-Erbe entsagt, und der als ein fremder nicht wie ein gesetzlicher Erbe an die Stelle des Entsagenden treten kann, durch den Entsagenden allein und durch die Acceptation dieses Fremden, zum Erben desjenigen, auf dessen Nachlaß sich die Entsagung bezieht, eingesetzt werden kann, ohne daß dieser künftige Erblasser beizutreten, d. h. seinen Erben durch eigene Willenserklärung zu ernennen braucht. Diese Stellen sind die folgenden:

§. 649 (I, 12). „Verträge, wodurch einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagt, oder die Theilung einer solchen Erbschaft im Voraus angeordnet wird, gelten nur unter denjenigen, welche zu einer solchen Erbschaft als gesetzliche Miterben berufen sind.“

§. 653. „Wenn der, über dessen künftige Erbschaft ein solcher Vertrag (§. 649) geschlossen wird, eine verbindliche Willenserklärung abzugeben unfähig ist, so kann zwar der Vertrag, auch ohne seinen Beitritt, gültig geschlossen werden;“

§. 654. „Alsdann ist aber die gerichtliche Aufnehmung und Abschließung desselben zu seiner Gültigkeit nothwendig.“

Wortdeutlich ist hier die Rede von einem s. g. Erbvertrage über den künftigen Nachlaß eines Dritten; denn wenn der künftige Erblasser an dem Vertrage nicht Theil genommen hat, so ist dieser Vertrag in Beziehung auf ihn eine res inter alios acta, der Erblasser also diesem Rechtsgeschäfte gegenüber ein Dritter. Von diesen Verträgen wird in dem folgenden §. gesprochen werden. Zwischen den §§. 649 und 653 sind folgende Bestimmungen eingeschoben:

---

10) Ebenda §. 484: „Doch können Verträge, wodurch ein Kind von dem Nachlasse der Eltern ganz ausgeschlossen, oder im Pflichttheile verkürzt werden soll, nur mit volljährigen, der väterlichen Gewalt entlassenen Kindern — geschlossen werden.“

11) Erk. des Obertr. vom 15. Februar 1858 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 101), u. Pr. 1076, vom 29. November 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 237).

§. 650. „Zu Gunsten eines Fremden gelten dergleichen Verträge (— nämlich solche, von welchen der §. 649 spricht —) nur alsdann, wenn derjenige, über dessen Nachlaß verfügt werden soll, dem Vertrage als Mitkontrahent ausdrücklich beitritt.“

§. 651. „Im letzteren Falle ist aber auch dieser künftige Erblasser an einen solchen Vertrag, wie an seinen eigenen Erbvertrag, gebunden, und darf, demselben zuwider, so wenig durch Testamente, als durch spätere Erbverträge etwas verfügen.“

Dieses bezieht sich auf einen Entsagungsvertrag, womit zugleich ein Erbeinsetzungsvertrag verbunden ist, wie der Wortsinn sagt. Nun fährt das Obertribunal mit dem §. 653 fort [12]): „Wenn der Erblasser aber eine verbindliche Willenserklärung abzugeben unfähig ist, so kann ein solcher Vertrag auch ohne seinen Beitritt gültig geschlossen werden, wenn er (nach §. 654) gerichtlich aufgenommen und geschlossen wird. Also können hiernach zwei Personen durch ihre Uebereinkunft einer dritten Person selbst wider deren Wissen und vielleicht wider, gewiß aber ohne ihren Willen, einen Erben ernennen.“ Eine solche, allen juristischen Verstand verhöhnende Ungeheuerlichkeit wird gewiß kein Denkender zulassen, ohne daß ihm für die Möglichkeit überzeugende Beweisgründe vorgeführt werden. Die Beweisführung tritt das Obertribunal freilich auch an, es handelt sich nur um die Beweiskraft der Beweismittel. Das Mittel ist der vorhin angeführte §. 653. Nun verweiset derselbe zwar ausdrücklich auf den §. 649, wo von den Verträgen über den Nachlaß eines Dritten die Rede ist, und zwar von Verträgen unter den Miterben nach diesem Dritten, gar nicht von dem Vertrage des §. 650, wodurch ein Fremder der Erbe des bestimmten Erblassers werden soll. Aber das thut nichts; denn der §. 653 bezieht sich gar nicht — so sagt das Obertribunal — auf den §. 649 und das Allegat „649“ ist ein Druckfehler, es muß „650“ heißen. Dafür hat es zwei Beweismittel: 1. den Zusammenhang des §. 654 mit den vorhergehenden §§. 650—653. „Dieser Zusammenhang,“ heißt es, „ergiebt klar (?), daß dabei nur der Fall gemeint sein kann, wo zu Gunsten eines Fremden verfügt werden soll, und also nach §. 650 der Beitritt des Erblassers zur Gültigkeit des Vertrages nothwendig ist, der §. 649 daher bloß aus Irrthum statt des §. 650 allegirt worden ist, da §. 649 ja gerade nur von einem Falle spricht, wo der Bei-

---

12) Erk. vom 25. Februar 1861 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XL, S. 304 ff.).

tritt des Erblassers vom Gesetz weder angeordnet noch vorausgesetzt ist." Aber die Wahrheit dieser Behauptung leuchtet nicht ein, nachgewiesen ist sie nicht und einen Irrthum anzunehmen oder einen Druckfehler in dem Allegat zu sehen, dafür giebt es keinen zwingenden Grund; im Gegentheil, der §. 653 paßt logisch ganz gut zu dem §. 649, denn er ergänzt denselben dahin, daß, wenn der künftige Erblasser nicht beitritt, der Vertrag dennoch unter den Miterben ohne ihn gültig geschlossen werden kann, es wird aber auf diesen Fall eine besondere Form für den Vertrag in dem folgenden §. 654 vorgeschrieben, nämlich die gerichtliche Aufnehmung und Abschließung, d. h. die Wahl zwischen einer der beiden ordentlichen Erbvertragsformen, der mündlichen und der schriftlichen, ist ausgeschlossen, es muß die mündliche beobachtet werden. Die Beziehung dieser Vorschrift auf den §. 650, wo ein einseitiger Erbeinsetzungsvertrag des Erblassers mit dem „Fremden" vorausgesetzt wird, nur in Verbindung mit dem Entsagungsvertrag eines schon berufenen Erben des Erblassers, hat keinen juristischen Sinn. Welcher Grund ist denn hier nachweisbar für die Annahme, daß der Erblasser diesen Erbvertrag nicht in den ordentlichen Formen, welche für den Erbvertrag vorgeschrieben sind, soll abschließen können? Ein solcher Grund könnte nur in dem damit verbundenen Entsagungsvertrag gefunden werden und darin liegt in der That ein solcher Grund, aber nur in einem einzigen Falle, nämlich in dem, wenn der Entsagende ein Kind des Erblassers ist und dasselbe auf den elterlichen Nachlaß ganz oder auf Ergänzung seines Pflichttheils verzichtet. Für diesen Fall ist jedoch eine ebenfalls besondere Form anderwärts bestimmt [13]), die wieder nicht zusammenfällt mit der hier getroffenen Formbestimmung, denn in diesem Falle muß die Entsagung auch vor den ordentlichen Gerichten der Parteien erklärt werden, folglich paßt die Beziehung des §. 653 auf den §. 650 auch für diesen Fall nicht. — Hierdurch, denke ich, wird aufgewiesen sein, daß der „Zusammenhang", der innere nämlich, des §. 654 mit den vorhergehenden §§. 649—653 (nicht wie das Obertribunal will, §§. 650—653) gar nicht klar ergiebt, was das Obertribunal behauptet, vielmehr mit logischer Nothwendigkeit zum geraden Gegentheil führt. Dies die Wirkung des ersten Beweismittels. 2. Das zweite ist eine Autorität. „Es ist auch die Richtigkeit des Druckfehlers in dem Justiz-Ministerial-Reskripte vom

---

13) II, 2, §. 484.

29. Dezember 1837 (Jahrb. Bd. L, S. 469)[14]) anerkannt und in der neuesten Ausgabe des Allgemeinen Landrechts der §. 650 als Allegat im §. 653 aufgestellt." Dies ist thatsächlich richtig, beweiset aber gar nichts. Wer ist derjenige, welcher diesen Druckfehler anerkannt hat? Und wie lauten die „Materialien", aus welchen er erkannt worden ist? Niemand weiß es. Durch eine solche anonyme Anerkennung kann der Streit über den materiellen Inhalt eines Gesetzes nicht entschieden werden. — Nach dieser Beweisführung wendet sich das Obertribunal gegen meine Meinung. „Koch in seinem Kommentar zum A. L.R. Note 21 zu §. 654 vertheidigt zwar die Richtigkeit des Allegats und führt als Grund an, „der Fremde könne durch die gerichtliche Form allein unmöglich Erbfolgerechte erlangen", die noch folgenden Worte: „welche nur die Willenserklärung des künftigen Erblassers zu übertragen vermag", sind weggelassen. Ausführlich sind die Gründe meiner Meinung vorhin entwickelt. Das Obertribunal widerlegt nun den angegebenen Theil des Grundes so: „allein dabei übersieht er zunächst, daß in dem Falle der §§. 652 bis 654, auch wenn der Vertrag gerichtlich aufgenommen worden, immer nur Intestaterbfolge in den Nachlaß des Erblassers eintreten kann, da es an einer letztwilligen Verfügung des Letzteren fehlt und der Fremde nur seine durch den Kontrakt erworbenen Befugnisse gegen die Erben verfolgen kann." Das ist juristisch unverständlich, weil Mißverständniß meines Grundes und eigene Uebersehung der Vorschriften. Ich habe vollständig a. a. O. gesagt: „Daß das Allegat 649 im §. 653 ein Druckfehler sei und 650 heißen müsse, ist nicht anzunehmen, weil in diesem Falle der Fremde durch die gerichtliche Form unmöglich Erbfolgerechte erwerben kann, welche nur die Willenserklärung des künftigen Erblassers zu übertragen vermag", d. h. mit anderen Worten: die Bestimmung §. 653 kann nicht auf §. 650 bezogen werden, weil sonst dadurch, daß man die gerichtliche Form nach §. 653 darauf anwendete, der im §. 650 bezeichnete Vertrag rechtsgültig gemacht werden könnte und der Fremde, wie der §. 651 besagt[15]), Vertragserbe werden würde, was nicht möglich sei, folg-

---

14) Auch abgedruckt in Hinschius, Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1838 S. 96.

15) Der §. 651 sagt: Ist der Erblasser dem Vertrage des §. 650 beigetreten, so ist er an einen solchen Vertrag, wie an seinen eigenen Erbvertrag gebunden. Also der Vertrag des §. 650 ist ein Erbvertrag zwischen dem Entsagenden und dem Fremden, zu dessen Gunsten entsagt worden ist; tritt auch der Erblasser bei, so ist er an denselben gebunden und darf demselben zuwider nichts verfügen. Dies ist der Sinn. Daraus folgt: wenn er nicht beitritt, so ist er nicht gebunden und darf beliebig verfügen; läßt er es aber dabei freiwillig bewenden

lich habe die Beziehung dieser Form auf §. 650 keinen Sinn und auch keinen Zweck. Unmöglich ist dies aber aus zwei Gründen, erstens weil der Vertrag des §. 650 ohne Beitritt des Erblassers an sich unzulässig oder ungültig ist, wie die Worte lauten; was soll also dabei die Beobachtung jener Form bezwecken? und zweitens ist es unmöglich, weil der Vertragserbe nur durch die eigene Willenserklärung des Erblassers ernannt werden kann. Nun darf ich wohl dem Obertribunale auf seine Behauptung, daß ich übersehen hätte, wie „immer nur Intestaterbfolge in den Nachlaß des Erblassers eintreten kann, da es an einer letztwilligen Verfügung des Letzteren fehlt und der Fremde nur seine durch den Kontrakt erworbenen Befugnisse gegen die Erben verfolgen kann", zurückgeben: dabei übersieht es, daß für den Fremden gar nichts eintreten kann, weder Intestaterbfolge, noch Vertragserbfolge, noch Verfolgung der dem Fremden durch den Kontrakt erworbenen Befugnisse; denn ohne Beitritt des Erblassers ist ein „Kontrakt" rechtlich gar nicht existent geworden; es übersieht dabei also, daß die Beziehung der Form des §. 654 auf diesen „Kontrakt" gar keinen Rechtsgegenstand hat, dem diese Form zu Gute kommen könnte. Denn tritt der Erblasser bei, so ist die Form nicht erforderlich; tritt er nicht bei, so kann der Vertrag an sich nicht gültig geschlossen werden, und könnte er es, so wäre wieder nicht verständlich, was für Befugnisse der Fremde aus der bloßen Entsagung gegen die Erben durch den „Kontrakt" erworben haben könnte. Zuletzt muß ich noch der thatsächlichen Richtigkeit der Behauptung: „auch setzt Koch, ganz gegen den Wortlaut und Sinn der §§. 649, 650, dabei voraus, daß der §. 649 eine Zustimmung des Erblassers erfordere", widersprechen. Woher die Kenntniß von dieser vermeintlichen Voraussetzung rührt, weiß ich nicht, ich habe davon kein Wort gesagt, es ist aber richtig, daß, wenn der künftige Erblasser nicht beitreten kann, alsdann die besprochene Form des §. 654 beobachtet werden muß.

2. Die Form ist im Allgemeinen die ordentliche der gewöhnlichen Erbverträge, eine Besonderheit ist nur in dem Falle vorgeschrieben, wenn der Entsagende ein Kind des Erblassers ist, und von dem Nachlasse desselben ganz ausgeschlossen, oder nach der Absicht der Parteien [16]) im Pflichttheile verkürzt werden soll. Dann kann der

---

und verfügt dem Vertrage zuwider bis an seinen Tod nichts: so ist der Fremde sein Vertragserbe. Das würde eben juristischer Unsinn sein und darum ist es nicht erlaubt, die Bestimmungen in dem bestrittenen Sinne aufzufassen.

16) Ist also z. B. dem Entsagenden eine, mit dem gegenwärtigen Vermögen des Parens nicht in Verhältniß stehende Abfindung für die gänzliche Entsagung

Vertrag gültig nur vor den ordentlichen persönlichen Gerichten der Parteien geschlossen werden, worin also das Erforderniß der mündlichen Erklärung zum Protokolle vor gehörig besetztem Gerichte, unter Beobachtung der für mündliche Testamente vorgeschriebenen Förmlichkeiten, enthalten ist. Hierin macht es keinen Unterschied, ob die Entsagung gegen oder ohne Abfindung wegen des künftigen Erbtheils oder unter Umständen erfolgt, wo das entsagende Kind schon von dem Parens Zuwendungen erhalten hatte, die es auf seinen Erbtheil sich anrechnen lassen müßte. Ist gegen diese Formvorschrift gefehlt worden, so tritt für das von der Erbschaft ausgeschlossene oder im Pflichttheile verletzte Kind, wenn es an einer rechtsgültigen letztwilligen Verfügung der Eltern fehlt, die gesetzliche Erbfolge in deren Verlassenschaft ein, und die Beschränkung des Kindes auf den Pflichttheil findet nicht statt[17]); denn der Vertrag ist von Anfang nichtig und gilt auch nicht als Kodizill. Diese Form muß unter der gedachten Voraussetzung auch beobachtet werden, wenn das Kind zu Gunsten seiner Geschwister oder eines Dritten, z. B. des neuen Ehegatten des Parens, ausgeschlossen werden soll[17a]).

IV. Gegenstand. Der wesentliche Gegenstand des Vertrages ist allein der Verzicht des Einen auf sein Erbrecht oder einen Theil seines Erbrechts in den künftigen Nachlaß des Anderen. Zufällig können jedoch damit noch folgende Geschäfte verbunden werden:

1. Einsetzung eines Vertragserben an Stelle des Entsagenden. Für das Wesen der Sache ist es gleichgültig, ob der Entsagende diesem Erbeinsetzungsvertrage beitritt, oder ob der Erblasser allein denselben mit dem Dritten, den er sich zum Erben bestimmt, abschließt; denn der Entsagende kann von seinem Erbrechte, da es nicht in bonis ist, gar nichts auf eine andere Person übertragen[18]) und zur Ernennung eines anderen Erben in seine Stelle be-

seines Erbrechts auf den künftigen Nachlaß des Parens gegeben, so macht der zufällige Umstand, daß die gegebene Abfindung in der That größer ist als der Betrag des Pflichttheils, wie er sich zur Zeit des Todes des bis dahin in seinen Vermögensumständen zurückgekommenen Parens ergiebt, den von Anfang nichtigen Vertrag nicht gültig.

17) A. L.R. II, 2, §. 484. — Pr. des Obertr. 1076, vom 29. November 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 237); Erk. dess. vom 15. Februar 1858 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXIX, S. 101).

17a) A. L.R. II, 2, §. 377.

18) Hierbei darf nicht etwa an einen Vertrag gedacht werden, wodurch der Eine sich verpflichtet, dasjenige, was er künftig einmal aus dem Nachlasse einer bestimmten Person erben möchte, an den Anderen herauszugeben. Dieses wäre ein rein obligatorischer Vertrag unter Lebenden, welcher dem Obertribunal in Gedanken war, als es, wie vorhin angeführt worden, sagte: „Der Fremde kann nur seine durch den Kontrakt erworbenen Befugnisse (worin sollten diese bestehen?) ge-

darf es seines Konsenses nicht, nachdem er auf sein Erbrecht Verzicht gethan hat. Hierdurch erhält der künftige Erblasser, wenn der Entsagende ein Notherbe oder ein Vertragserbe ist, völlig freie Disposition von Todes wegen über sein Vermögen oder den durch die Entsagung betroffenen Theil seines Vermögens, und es ist gar nicht nöthig, daß er bei der Annahme der Entsagung an einen bestimmten Dritten, der künftig einmal von ihm das freigewordene Vermögen erben soll, denkt.

2. Abfindung des Entsagenden. Mit dieser Abfindung kann zugleich eine sofortige reelle Theilung unter den übrigen Miterben, d. h. eine Ueberlassung des gegenwärtig vorhandenen Vermögens oder einzelner Gegenstände an dieselben, mit und ohne Vorbehalt, verbunden sein. Der Hauptfall ist der Abfindungsvertrag zwischen Eltern und Kindern, welcher heutzutage sehr gewöhnlich ist. Auf solche Weise gehören auch die Absonderungen, oder vollständigen Abschichtungen der Kinder, wie sie bei bestehender Gütergemeinschaft nach dem Tode des einen Ehegatten vorkommen, in die Klasse der wirksamen Erbverzichte in Verbindung mit Aussetzung einer Abfindung; denn es wird allgemein anerkannt, daß die Absonderung einer rechtsgültigen Enterbung gleichstehe, woraus denn folgt, daß die Abgesonderten kein Pflichttheilrecht in dem künftigen Nachlasse des Parens in Anspruch nehmen können. „Demit — segregatio jus succedendi. Liberi et parentes, qui ad invicem separantur dividuntur, et quodammodo emancipantur, ipso segregationis momento mori, et utrique suam portionem velut ab intestato percipere censentur, atque adeo velut mortui a futuris successionibus exclusi eas non segregatis seu consortibus relinquunt. Hoc est quod dicitur: welches der Kinder abgesondert ist mit bescheidenem Gute, das soll mit seinem Theil zufrieden sein, und abgesondert bleiben, es sei gleich wenig oder viel. — Quae ergo ex ipso jure, quod liberi in bonis parentum habent, consectaria sunt, segregatione finiuntur et desinunt, veluti querela inofficiosae donationis, alienationis, testamenti, jus testamentum ex causa praeteritionis dicendi nullum. Abdicati enim a bonis et hereditate parentum frustra aut facienda impediunt, aut de factis conquerentur. Eaque procedunt, sive pater postea testamentum condat, sive intestatus decedat. Paria quippe sunt filium non exstare, aut exstare quidem,

---

gen die Erben verfolgen." Ob ein solches Geschäft, ohne Konsens des noch lebenden künftigen Erblassers, gelten kann, ist eine andere Frage.

sed succedere non posse. Idcirco nec quasi praeteritus ullo modo contra testamentum venire potest, qui mortuus et non esse putatur [19])." Das Gleiche gilt im Wesentlichen nach preußischem Rechte.

Auch bei bestehender Gütergemeinschaft zwischen den Eltern können diese ihre Kinder durch Verträge mit ihnen, in der für renunciative Verträge mit denselben vorgeschriebenen Form ([17]), von ihrem dereinstigen Nachlaß gänzlich ausschließen [20]). Die Abfindung, wenn eine solche ausgesetzt ist, kann nicht als Schenkung angesehen werden, wenngleich die Aussetzung einer Abfindung kein Essentiale des Entsagungsvertrages ist; aber sie ist Bedingung der Entsagung, folglich kann die Abfindung nicht wie eine Schenkung willkürlich widerrufen, auch von Pflichttheilserben nicht wegen Uebermaßes angegriffen werden. Wenn nicht ein Anderes verabredet ist, so bezieht sich der Verzicht auf die Verlassenschaft des Erstversterbenden der Eltern [21]), vorausgesetzt, daß der Verzichtende nach beiden Eltern ein Erbrecht hat; denn wäre dieses nicht der Fall, wäre der Verzichtende z. B. das uneheliche Kind der Frau, so hätte der Verzicht keinen anderen Gegenstand als die Verlassenschaft der Frau, mag diese zuerst oder zuletzt versterben. Zu der Verlassenschaft, auf welche der Verzicht sich bezieht, wird Alles gerechnet, was der Verstorbene an freiem Vermögen hinterläßt, wenn es auch nicht in die Gütergemeinschaft gekommen ist [22]), worüber man gemeinrechtlich nicht einerlei Meinung war.

Vorhin ist gesagt worden, daß gemeinrechtlich mit dem Erbentsagungsvertrage auch eine sofortige Ueberlassung, d. h. Uebergabe des Vermögens oder einzelner Gegenstände desselben an die Kinder beim Leben des Disponenten verbunden werden könne: aber dabei ist vorausgesetzt, daß die Kinder sämmtlich, wenn sie dadurch gebunden werden sollen, daran Theil genommen haben müssen, und daß dadurch eine Entsagung des einen oder des anderen Kindes auf den künftigen Nachlaß des Disponenten festgesetzt sein muß, daß aber auch, insofern damit auch eine Erbeinsetzung verbunden, dem Eingesetzten Vermächtnisse zu Gunsten solcher Personen, welche nicht an

---

19) Mevius, Comment. ad jus Lub., P. II, tit. 2, Art. 33, Num. 128—133. — Vergl. Pufendorf, Obs. jur. univ., Tom. III, obs. 10; Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Komment. Bd. XXXVIII, S. 77.

20) II, 2, §§. 368, 369 u. 377.

21) Ebenda, §. 370 u. §§. 372—374.

22) Ebenda §. 371.

der Errichtung Theil genommen haben, aufgelegt werden können, der Erblasser jedoch an diese Verfügungen, wenn solche von einer anderen dazu legitimirten Person Namens der Abwesenden nicht acceptirt worden sind, nicht gebunden ist, vielmehr über deren Gegenstand sowohl unter Lebenden wie von Todes wegen anderweit frei verfügen kann. Ein Uebertragungs- und Vertheilungsvertrag über das vorhandene Vermögen, worin nicht zugleich von Todes wegen verfügt ist (in welchem Falle dem Verfügenden von Rechts wegen die Disposition unter Lebenden über das nicht sofort Uebergebene unbenommen bleibt), oder worin nicht der Eine auf sein Erbrecht Verzicht thut, oder woran nicht alle Kinder Theil nehmen, oder wobei nicht die Formen des Erbvertrages, je nach den Umständen, beobachtet sind, ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, dessen Wirkungen nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge zu beurtheilen sind. Dem entsprechend sagt das Allgemeine Landrecht in vollkommener Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des heutigen Gemeinen Rechts:

„Verträge, wodurch Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihren Kindern abtreten, sind bloß als Verträge unter Lebenden anzusehen" [23]);

welche Bestimmung in der Anwendung ganz richtig so aufgefaßt ist, daß die wesentliche Voraussetzung derselben die Uebergabe bei Lebzeiten sei, mithin nur das gegenwärtige Vermögen der Gegenstand dieses Vertrages sein könne; der Vorbehalt der Uebergabe nach dem Tode der Eltern (Verkäufer) würde ein wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes (Tit. 5, §. 71) ungültiger Kontrakt, beziehungsweise ein die Form der Testamente erfordernder Erbvertrag sein [24]). Die Praxis ist jedoch von diesen Grundsätzen abgeirrt. Das Obertribunal hat nach längerem Schwanken durch einen Plenarbeschluß als Rechtsgrundsatz aufgestellt: „Wenn ein Vater in dem mit einem seiner Kinder abgeschlossenen Gutsüberlassungsvertrage seinen anderen Kindern Abfindungen [25]) ausgesetzt hat, so kann der Gutsannehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde nicht entgegensetzen, daß er dem Vertrage nicht beigetreten sei [26])." Das soll sich nicht etwa auf den Fall beziehen, wenn der Vater bereits verstorben ist und der Vertrag

---

23) I, 12, §. 656.

24) Vergl. Erk. des Obertr. vom 6. Juli 1860 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXXVIII, S. 113).

25) Wofür oder wegen welches Gegenstandes? wird nicht gesagt.

26) Pl.-Beschl. (Präj. 1770) vom 25. August 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 68).

die Form einer letztwilligen Verordnung hat, so daß die Anweisung der Abfindung als eine einseitige letztwillige Verfügung, welche nicht widerrufen worden, angesehen werden könnte, bei welcher der Gutsübernehmer als Belasteter des Vermächtnisses erschiene. Keineswegs; vielmehr ist der mit der „Abfindung" Bedachte Mitkontrahent. Denn „bei diesen Verträgen vertreten die Eltern zugleich ihre sämmtlichen Kinder — nicht bloß der Vater seine Kinder in potestate, sondern alle Kinder — und dasselbe thut die Mutter, der Großvater; durch sie nehmen also die Kinder, ganz wie der §. 75 (Tit. 5, Th. I) es zur Klagbarkeit für dieselben verlangt, mittelbar Theil an der Schließung des Vertrages." Etwas ganz Neues, Unglaubliches in der Rechtswissenschaft! Und das Wunderbarste dabei ist, daß diese Vertretung nicht etwa einem anderen Promittenten gegenüber, sondern sich selbst gegenüber geschehen kann; wir haben also eine geheimnißvolle Zweieinigkeit, einen Promittenten und einen Acceptanten in einer und derselben leibhaftigen Person: der Promittent verspricht sich für den Abwesenden die Abfindung und acceptirt sie auch von sich selbst für ihn. So hat nun der Abwesende die Forderung ohne Weiteres unwiderruflich erworben und der Abwesende kann darauf ohne Weiteres sofort klagen. Dieser neugewonnene Rechtsgrundsatz wird auch auf andere Ascendenten ausgedehnt, namentlich ist angenommen, daß auch von der Großmutter zu Gunsten ihrer Enkelin, die nach den Regeln der Intestaterbfolge ihre dereinstige Erbin ist, eine solche Abfindung (wofür? ist auch hier nicht gesagt) ohne Zuziehung derselben oder ihres Vaters mit rechtlicher Wirksamkeit ausbedungen (das soll hier heißen: aus der von ihr einem Anderen übertragenen Sache und dem dafür ausbedungenen Kaufgelde ausgesetzt) werden könne [27]). Der neue Rechtsgrundsatz ist auch anwendbar erklärt worden, wenn der Vater die sogenannten Abfindungen nicht bloß in Gelde oder anderen Leistungen ausgesetzt, sondern den Gutsübernehmer verpflichtet hat, seinen Geschwistern einen Theil des überlassenen Grundstücks zu übereignen [28]). Und weiter hat man angenommen, daß der Vater, welcher nach dem

27) Erk. des Obertr. vom 28. Juni 1858 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXX, S. 150). Das Rechtsgeschäft war ein Kauf. Die Abfindung war nicht aus dem Vermögen des Käufers, sondern das Kaufgeld war von ihm ausbedungen, welches an die Enkelin gezahlt werden sollte. Das Obertr. nennt dies nun ein Abfindungskapital, weshalb die gleichlautenden Urtheile der Instanzgerichte, welche die Klage der Enkelin aus dem Kontrakt ihrer Großmutter abgewiesen hatten, ganz mit Recht, — abgeändert wurden. Wofür das s. g. Abfindungskapital festgesetzt worden und auf welche Weise, erfährt man nicht.

28) Erk. des Obertr. vom 28. Februar 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 9).

Tode seiner Ehefrau durch Vertrag das gesammte gütergemeinschaftliche Vermögen an Eines seiner Kinder übertragen und in diesem Vertrage zugleich die Abfindungssummen der übrigen Kinder festgesetzt hat, nicht berechtigt sei, hiernächst diese Abfindungssummen auf einen geringeren Betrag herabzusetzen, obgleich die Kinder dem Vertrage nicht beigetreten waren [29]). Was sich hiergegen vom Standpunkte der Rechtswissenschaft einwenden läßt, habe ich schon an einer anderen Stelle gesagt, wo auch die eigenen abweichenden Erkenntnisse des Obertribunals, soweit sie öffentlich bekannt gegeben sind, sich nachgewiesen finden [30]). Darauf muß ich zur Vermeidung von unnöthigen Wiederholungen und um nicht zu weit von der hier vorliegenden Aufgabe abgeführt zu werden, verweisen, doch will ich eine dort noch nicht vorkommende wieder einlenkende Entscheidung hier nachtragen. In einem jüngeren Erkenntnisse hat nämlich das Obertribunal, ganz im Widerspruche mit jenen Entscheidungen, den Satz hingestellt, daß zur Klagelegitimation eines solchen Abfindlings, der dem Vertrage des Vaters nicht schriftlich beigetreten ist, eine schriftliche Ueberweisung der Kaufgelder, oder eine gültige, d. i. schriftliche Cession der Rechte des Vaters aus den bei der Abschließung des Kaufvertrages mit dem Gutsübernehmer getroffenen Verabredungen erforderlich sei [31]). Damit würde, wenn es dabei bliebe, jener Plenarbeschluß umgestoßen sein.

V. Wirkung. Diese besteht im Wesentlichen darin, daß der Entsagende und seine Nachkommen, wenn diese nicht ein eigenes Recht haben [32]), von allem und jedem Erbrechte in dem Nachlasse

29) Erk. desselben vom 13. Dezember 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 112).

30) Anmerkung 69 zu §. 75, Th. I, Tit. 5 des A.L.R., Abs. 2 u. flg.

31) Erk. vom 20. November 1863 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LI, S. 245).

32) Darüber fehlt im Landrecht eine direkte Bestimmung. Das öst. G.B. sagt §. 551: „Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die Nachkommen." Dies ist im preuß. Recht ebenfalls als ein gültiger Satz anzuerkennen. Erst wenn ein Notherbe vor dem Tode des Erblassers stirbt, tritt an dessen Stelle der durch ihn in derselben Linie Ausgeschlossene, also der Sohn in die Stelle des Vaters, oder in Beziehung auf den Erblasser, der Enkel in die Stelle des weggefallenen Sohnes. L. 29 pr. §. 1—6 D. de liberis et postumis (XXVIII, 2); Gajus, Inst. III, §. 6; Mühlenbruch, in Glück, Bd. XXXVI, S. 160, C. Ueber dieses eigene Recht des Enkels kann dessen ihn ausschließender Vater nicht verfügen. Aber so lange der entsagende Vater selbst vorhanden ist, hat dessen Sohn resp. der Enkel des Erblassers kein eigenes Recht. Vergl. oben Nr. II. u. Beseler a. a. O. Bd. III, S. 252. Erlebt der Entsagende den Erbanfall nicht, so tritt der Enkel aus eigenem Rechte als Notherbe des Erblassers auf. Hat der Entsagende zugleich für seine Nachkommen entsagt, so sind diese dadurch nur gebunden, sofern sie des Entsagenden Erben geworden. II, 2, §§. 357. 358. Vergl. Mühlenbruch in Glück, Bd. XXXVIII, S. 89, lit. B, u. Carpzov, Jurispr. P. II, const. 35, def. 11—14.

des künftigen Erblassers ausgeschlossen sind, mag der Delationsgrund sein welcher er wolle; daher ist sowohl die gesetzliche, auch die nothwendige des Pflichttheilserben, als die testamentarische ([8]) Erbfolge aufgehoben, nicht weniger die vertragsmäßige. Das versteht sich jedoch nur von den Delegationsgründen, welche in der Vergangenheit liegen. Wird der Entsagende, nachdem er seinen Verzicht in die Hände des künftigen Erblassers niedergelegt hat, von diesem neuerdings durch einen mit ihm geschlossenen Erbvertrag, oder durch ein errichtetes Testament zum Erben berufen, so kann ihm seine ältere Entsagung nicht entgegenstehen, auch dann nicht, wenn er seinen Verzicht auf künftige Berufungen ausdrücklich erstreckt hätte. Denn diese Erstreckung ist eine Verfügung über die Testirfreiheit des Erblassers, welche eben durch seine Entsagung wieder hergestellt worden ist, und diese kann er ihm durch seine Entsagung nicht nehmen. Wenn auch derselbe von dem künftigen Erblasser schlechthin acceptirt worden wäre, so hätte dadurch doch nur dieser eine völlig freie Befugniß erhalten, die er schon durch eine schlechthin ausgesprochene Entsagung erhalten hatte, keineswegs konnte dem Erblasser damit eine Schranke in seiner Willensfreiheit und in der Wahl seines künftigen Erben gesetzt werden. Es giebt noch einige Nebenpunkte, welche sich unserer Aufmerksamkeit bieten. Diese sind folgende:

1. Es ist vorhin gesagt, daß mit dem Entsagungsvertrage keineswegs sich auch eine Erbeinsetzung seitens des acceptirenden künftigen Erblassers verbinden müsse; und daß in der bloßen Entsagung für keinen Anderen eine Berufung zu der entsagten Erbschaft liege, weder für den Acceptirenden, wenn dieser ein Fremder ist, noch für einen Dritten, folgt aus dem Begriffe des Entsagungsvertrages. Dennoch wird eine solche Erwerbung *zufällig* die Folge des Entsagungsvertrages sein, und zwar — um den schlagendsten Fall als Beispiel hervorzuheben — für eine dritte Person, die sonst niemals zur Erbschaft gelangt sein würde. Entsagt der einzige Notherbe, der selbst kinderlos ist, der Erbschaft, und der Erblasser will weiter nichts als bloß dieses, daß derselbe ihm nicht Erbe werde, macht auch von seiner dadurch freigewordenen Testamentifaktion keinen Gebrauch, so muß die Erbschaft in Folge der Entsagung nothwendig an den wenn noch so entfernten nächsten Verwandten, der vielleicht daran niemals gedacht hatte, fallen. Dem Erblasser ist dieses vielleicht, ja wahrscheinlich gerade Recht gewesen, darum wollte er weiter nichts thun, als den ihm nicht anstehenden Notherben beseitigen; er erlangt dadurch gerade das, was er wollte, ohne seine Testirfreiheit weiter zu

benutzen oder mit jenem Verwandten einen Erbvertrag zu schließen. Einen gleichen Erfolg hat die Entsagung für sich allein, wenn der Entsagende gleichberechtigte Miterben hatte und der Erblasser wollte, daß dieselben an Größe des Erbtheils durch die Entfernung des Entsagenden gewinnen.

2. Ein zweiter Punkt ist der Einfluß des Erbverzichts auf den Pflichttheil anderer Notherben. Die Meinungen über die vielfach erörterte Frage: ob der, welcher bei Lebzeiten des Erblassers auf die Intestaterbfolge verzichtet hat, mitgezählt werden kann, um die absolute Größe des Pflichttheils zu bestimmen, gehen weit auseinander, man streitet selbst darüber, aus welches Rechts Grundsätzen die Frage zu entscheiden sei. Um sich für das preußische Recht zurecht zu finden, muß man wenigstens die verschiedenen Meinungen kennen, wenn auch die Betrachtung der Gründe für jede Meinung müßig, da hier diejenige Meinung von Interesse ist, die im Landrechte zum Gesetze erhoben worden. Nach einer Meinung wird unterschieden: ob die Entsagung schlechthin und ohne alle Vergütigung geschehen, oder ob das entsagende Kind durch irgend Etwas abgefunden worden ist. Im ersten Falle sei das Kind für todt zu halten und folglich nicht mitzuzählen, im zweiten Falle hingegen sei es in jeder Rücksicht mitzuzählen, sowohl wenn es auf Vermehrung des Pflichttheils bis auf die Hälfte der Intestatportion, als wenn es auf Verminderung des Pflichttheils bei Vertheilung desselben ankomme, also es wird, wie man es auszudrücken pflegt, quoad partem et numerum mitgezählt, nur fällt der auf seine Nummer fallende Theil in die übrige Erbmasse wieder zurück. — Nach einer anderen Meinung wird das gerade Gegentheil behauptet: Hat das Kind ohne Abfindung entsagt, so wird es mitgezählt; ist es aber abgefunden, so ist dessen Portion vom Pflichttheile der übrigen Kinder abzuziehen, weil es seine Legitima bei Lebzeiten des Erblassers schon erhalten habe und diese nicht zweimal zu geben sei. — Noch Andere wollen ein abgefundenes Kind nur insofern mitzählen, als dadurch die Größe des Pflichttheils überhaupt vermindert werde, nicht aber, wenn der Pflichttheil durch Mitzählung des abgefundenen Kindes bis zur Hälfte des Intestaterbtheils vergrößert werden sollte. Die Anwendung ist etwas verwickelt — Wieder Andere wollen das durch eine deutsche G r u n d - und T o d t h e i l u n g abgesonderte Kind nach deutschen Sitten in Rücksicht auf die Eltern als todt und schon vor den Eltern als gestorben betrachtet wissen, so daß es als solches gar kein Recht mehr haben, mithin auch keine Verminderung noch Vergrößerung des Pflicht-

theils der Uebrigen durch Mitzählung desselben bewirken könne. — Endlich wird wieder von Anderen jede Unterscheidung verworfen und behauptet, daß das entsagende Kind bei Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder immer, sowohl quoad partem als numerum, mitzuzählen sei. Die Gründe dieser Meinung gehen uns näher an. Man sagt, diese Meinung verdiene den Vorzug, weil es bei der Berechnung des Pflichttheils stets darauf ankomme, wie groß derselbe an und für sich gewesen wäre, wenn alle Kinder, welche die Gesetze nicht von der Intestaterbfolge ausschließen, den Pflichttheil hätten fordern können, wofern sie nicht die Enterbung verdient, oder der Erbschaft des Erblassers entsagt hätten. Denn so wenig der Vater durch die Enterbung eines Kindes, eben so wenig könne ein Kind durch seine Entsagung bewirken, daß dadurch der gesetzlich bestimmte Pflichttheil der übrigen Kinder verändert oder vermindert werde. Man möge nicht einwenden, daß ein solches Kind, welches bei Lebzeiten des Erblassers auf dessen Erbschaft Verzicht geleistet habe, ab intestato nicht geerbt haben würde. Denn die Renuntiation hebe ja die Eigenschaft des Kindes, als gesetzlichen Erben des Verstorbenen, nicht auf, sondern mache nur, daß demselben die exceptio pacti entgegen stehen würde, wenn es Anspruch an die Erbschaft, welcher dasselbe entsagt habe, machen wollte. Hierzu komme, daß alle Entsagung einer künftigen Erbschaft immer auf den Fall geschehe, wenn sie dem Entsagenden anfallen werde, und daher auch nicht eher von Wirkung sei, als wenn die Bedingung existire. Wäre nun der Renuntiant für todt zu halten, wie könne ihm dennoch die Erbschaft deferirt werden [33]? — Der innere Werth dieser Gründe bleibt für das preußische Recht auf sich beruhen, die Kritisirung würde ganz fruchtlos sein, denn das Landrecht hat diese Meinung zu der seinigen gemacht. Vor der Angabe der Bestimmung desselben muß noch gesagt werden, daß unter den Anhängern dieser Meinung noch darüber Uneinigkeit besteht: wem der Antheil eines solchen Kindes zufalle. Einige lassen ihn dem vom Erblasser begünstigten, oder außer den Kindern eingesetzten Haupterben zufallen, d. h. er bleibt in der Erbmasse für die nicht auf den Pflichttheil gesetzten Erben zurück. Andere wollen unterscheiden: ob die Entsagung der Erbschaft bloß zu Gunsten eines der Geschwister, oder ob sie schlechthin geschehen sei. Im ersten Falle soll der Antheil des Renuntianten dem allein, zu

---

33) Glück, Kommentar, Bd. VII, S. 130 ff. u. Mühlenbruch, ebenda, Bd. XXXV, S. 265, lit. B. Dort sind auch die Vertreter der verschiedenen Meinungen nachgewiesen.

dessen Vortheile die Entsagung ausdrücklich geschehen ist, in dem andern hingegen sämmtlichen Geschwistern zufallen [34]). Auf diese Gründe wird sogleich wiedef zurückgegangen werden, nachdem die sich hier anschließende Bestimmung des Landrechts vorgeführt worden. Sie lautet:

„Kinder, die ihrem Erbrechte durch einen gültigen Vertrag entsagt haben, werden bei Berechnung des Pflichttheils der übrigen mitgezählt [35]).“

Damit ist das Landrecht, welches wie das römische Recht auch den rechtmäßig Enterbten nicht mitzählt (§. 48, Nr. 4), sich konsequent geblieben (vergl. oben Nr. II), und beide Fälle stehen sich in der That völlig gleich: der Enterbte ist wider seinen Willen enterbt und der Entsagende hat freiwillig selbst sich enterbt. Dieser Grundsatz wird jedoch von der Praxis auf den Fall der s. g. Todtheilung für unanwendbar erklärt, sie hat den Satz aufgestellt, daß die mit der Wirkung der s. g. Todtheilung abgeschichteten Kinder bei der Berechnung des Pflichttheils der aus einer weiteren Ehe ihres Parens herstammenden Kinder nicht mitgezählt werden [36]). Der Grund ist der, daß in dem entschiedenen Falle die Kinder erster Ehe des Erblassers nach dem Tode der ersten Ehefrau vermöge der Grundsätze der in Paderborn geltenden s. g. Todtheilung abgeschichtet worden seien und in Folge dessen in Konkurrenz mit den Kindern der weiteren Ehe des schichtenden Parens gar kein weiteres gesetzliches Erbrecht in dessen aus der gemeinschaftlichen Masse herrührendes Vermögen hätten, daß sie vielmehr gegen die Kinder der weiteren Ehe völlig zurückstehen müßten; sie hätten keinem Erbrechte vertragsmäßig entsagt, und daher könne der in Rede stehende Grundsatz ([35]) auf den Fall der Abschichtung nicht angewendet werden. Dieser Grund besteht also in der Behauptung: die statutarrechtliche Abschichtung enthalte keinen Erbverzicht der abgeschichteten Kinder auf den dereinstigen Nachlaß des abschichtenden Parens, sondern schließe diese Kinder von der gesetzlichen Erbfolge aus. Das ist ein seltsamer Grund. Welches ist denn hier das ausschließende Prinzip? Dieses ist das in dem Abschichtungsvertrage enthaltene Element des Verzichts auf den künftigen Nachlaß des Parens, der Entsagungsvertrag ist hier durch Abfindung der Kinder geschlossen. Der Fehlgriff bei der Entscheidung des Falles liegt darin, daß man von der rechtlichen Natur der Ab-

34) Glück, Bd. VII, S. 136.

35) II, 2, §. 488.

36) Erk. des Obertr. vom 1. März 1858 (Entsch. Bd. XXXVIII, S. 209).

schichtung keine Notiz genommen hat. Die Rechtswissenschaft lehrt: Die Absonderungen oder vollständigen Abschichtungen der Kinder, wie sie bei stattfindender Gütergemeinschaft nach dem Tode des einen Ehegatten, und besonders, wenn der überlebende zu einer neuen Ehe schreitet, vorzukommen pflegen, **gehören in die Klasse der wirksamen Erbverzichte**[37]. Daß Erbverzichtsverträge nicht bloß ausdrücklich als Verzichte, sondern auch durch Abfindung geschlossen werden können, ist unbestritten. Mittermaier sagt dieses mit denselben Ausdrücken, sowie, daß das abgesonderte Kind als völlig abgefunden anzusehen sei und ihm keine Erbrechte in das Vermögen der Eltern mehr zugestanden würden[37a]. Unter anderen Rechtslehrern sagt z. B. Philips[37b]: „Im Allgemeinen ist hier, mit wenigen Ausnahmen, der Grundsatz festzustellen, daß zwischen dem überlebenden Ehegatten und den abgeschichteten Kindern alle Erbrechte suspendirt sind. — Ebenso wird der Vater oder die Mutter nicht von den abgesonderten, sondern nur von den nicht abgesonderten Kindern beerbt, und sind die Kinder erster Ehe sämmtlich abgefunden, so succediren die Kinder zweiter Ehe. Nur dann, wenn der überlebende Ehegatte keine nicht abgesonderten Kinder erster, und keine Kinder zweiter Ehe hat, kann ein abgeschichtetes Kind zur Succession kommen.“ Und bei Witte[37c] heißt es: „Die eigentliche Absonderung, oder, wie das Landrecht sagt, Abfindung gleicht — insofern dem renuntiativen Erbvertrage, als sie (unter den gesetzlichen Voraussetzungen) dem Abgefundenen das Erbrecht völlig raubt.“ Das Allgemeine Landrecht erkennt dieses mit den Worten an: „Den Eltern steht frei, die Kinder schon bei ihrer Lebenszeit wegen des Erbrechts an den künftigen Nachlaß abzufinden[37d].“ Das abgefundene Kind wird also durch die Abfindung gerade so enterbt, wie durch einen bloßen, schlechthin ausdrücklich erklärten Erbverzicht. Woher kommt es nun, daß das durch bloßen Erbverzicht enterbte Kind bei der Berechnung des künftigen Pflichttheils der übrigen Kinder doch mitgezählt wird?

---

37) Mühlenbruch in Glück's Kommentar, Bd. XXXVIII, S. 77. Semler, Untersuchung, ob die berathenen oder abgesonderten Kinder bei der Berechnung des Pflichttheils mit zu zählen sind, oder nicht. — Diese Schrift habe ich nicht erlangt. Glück berichtet daraus, daß darin eine der vorhin aufgeführten verschiedenen Meinungen vertreten werde. Bd. VII, S. 134. Diese gehört zu denjenigen, welche das Allg. Landrecht nicht angenommen, nicht beachtet hat.

37a) Grundsätze, §. 456 u. 372 u. die Note 11 zu §. 372 angef. Schriften.

37b) Eheliche Gütergemeinschaft S. 253, 254 u. 255.

37c) Preuß. Intestaterbrecht, §. 75, S. 255.

37d) II, 2, §. 368. Vergl. §. 377.

Weil der Erbverzicht eine res inter alios gesta ist und einer solchen ein verkürzender Einfluß auf das Recht dritter Personen nicht gestattet wird. Wo ist nun ein Rechtsgrund zu finden, kraft dessen die Abfindung oder Abschichtung, die doch gerade ebenso eine res inter alios gesta wie der Erbverzicht in Beziehung auf die dabei nicht zugezogenen Kinder ist, einen solchen Einfluß auf die Rechte dieser Kinder, nach dem Ausspruch des Obertribunals, haben soll? — Daraus ergiebt sich, daß die Nichtanwendung des landrechtlichen Grundsatzes auf den Fall der Todtheilung eine Verletzung des Gesetzes ist und auf einer nicht richtigen Würdigung der rechtlichen Natur der Schichtung beruht.

Ueber die Frage: wem der Antheil eines solchen mitzählenden aber nicht theilnehmenden Kindes zufalle, schweigt das Allg. Landrecht. Die oben angegebene Meinung, daß es darauf ankomme: ob der Entsagende ausdrücklich zum Vortheil einer der Miterben auf sein Erbrecht verzichtet habe, ist unzulässig, weil durch den Verzicht ein Recht gar nicht übertragen werden kann, sondern nur der Erblasser über den durch den Verzicht freigewordenen Antheil verfügen kann. Hat der Entsagende nur dem gegenüber, zu dessen Vortheile er entsagt, sich erklärt, so ist ihm dadurch sein Erbrecht nicht verloren, sondern die Rechtslage ist die, daß er Miterbe ist und, vermöge des obligatorischen Vertrages mit Jenem, ihm den zugefallenen Antheil herausgeben muß. Hat er aber dem Erblasser gegenüber, wie es sich gehört, mit Bezeichnung einer Person, zu deren Vortheile die Entsagung gereichen soll, entsagt, der Erblasser verfügt darüber aber nicht zum Besten derselben, so hat diese doch keinen erbrechtlichen Anspruch darauf, und, falls er überhaupt darüber nicht verfügt, gewiß keinen ausschließlichen. Ob er daran mit den Uebrigen Theil nehmen kann, hängt von der Beschaffenheit des Erbfalles ab. — Die in Rede stehende Frage erledigt sich nach preußischem Rechte von selbst und bedurfte deshalb keiner besonderen Bestimmung. Oben, §. 48 a. E., ist schon gesagt, daß die Quote (pars) des Pflichttheils durch die Zahl aller Personen, welche zu zählen sind, also unter Mitzählung der Enterbten und der Entsagenden, gefunden wird, und daß dann ein jeder Pflichttheilsberechtigte einzeln diese Quote seiner Intestatportion vom Ganzen erhält. Denn das Gesetz sagt: „Der Pflichttheil ist, wenn nur Ein oder zwei Kinder vorhanden sind (— welche nämlich gezählt werden müssen —) Ein Drittel; wenn drei oder vier Kinder vorhanden sind, die Hälfte, und wenn mehr als vier Kinder vorhanden sind, zwei Drittel desjenigen,

was jedes Kind zum Erbtheile erhalten haben würde, wenn die gesetzliche Erbfolge stattgefunden hätte [38])." Es wird also nicht zuerst die Pflichttheilsquote für alle Pflichttheilserben zusammen abgetheilt und dann dieselbe unter die vorhandenen Pflichttheilserben nach Köpfen resp. Strängen vertheilt, sondern für jeden einzelnen wird seine Quote vom Ganzen festgestellt, so daß also kein Antheil eines Enterbten oder Entsagenden übrig bleiben kann, in Ansehung dessen man sich streiten könnte, wem er zufallen solle. Beispiel: Der Erblasser hinterläßt 6 Kinder. Davon ist eins enterbt, ein zweites hat entsagt, von den übrigen zu Erben eingesetzten Vieren sind zwei auf den Pflichttheil gesetzt. Der Pflichttheil beträgt nun, da 6 Kinder zu zählen sind, zwei Drittel der Intestatportion, also würde der Pflichttheil, wenn er für alle zusammen gerechnet ausgeschieden würde, $\frac{2}{3}$ von $\frac{4}{6} = \frac{8}{18}$ vom Ganzen betragen. Diese müßten nun unter die Pflichttheilserben nach der Kopfzahl, welche Vier beträgt, getheilt werden, Jeder erhielte also ein Neuntel ($\frac{1}{9}$). Wer erhält nun die $\frac{2}{9}$, welche auf die zwei zur Bestimmung des Pflichttheils mit gezählten, aber von der Theilnahme ausgeschlossenen Kinder fallen? Das ist die in Rede stehende Frage. Diese fallen nach dem Landrecht hinweg. Jeder einzelne erhält aus der ganzen Masse seine $\frac{2}{3}$ der Intestatportion d. h. zwei Drittel von einem Sechstel des Ganzen oder ein Neuntel ($\frac{1}{9}$). Das Resultat ist, daß die vakanten Portionen der Ausgeschlossenen in der Masse bleiben. — Diese Berechnung zeigt, daß die beiden Pflichttheilserben durch die Mitzählung der beiden Ausgeschlossenen nichts gewonnen und nichts verloren haben, sie würden ohne die Beizählung mehr, nämlich $\frac{1}{8}$ des Ganzen Jeder erhalten haben; nun haben sie genau dasselbe, was sie erhalten haben würden, wenn die beiden Ausgeschlossenen Miterben zur vollen Intestatportion geworden wären. Dieses Ergebniß entspricht dem Willen des Erblassers und dem Gesetz. Dem Willen des Erblassers entspricht es, indem er die Ausschließung nicht zum Vortheil der Pflichttheilserben herbeigeführt hat, die er wohl lieber ganz ausgeschlossen hätte, wenn es möglich gewesen wäre; denn was sie erhalten, haben sie gegen den Willen des Erblassers; dem Gesetze entspricht es, weil sie mehr zu fordern kein Recht haben, als sie ohne die Ausschließung hätten fordern können; sie durften durch die beliebten Maßnahmen des Erblassers nur nicht schlechter gestellt werden.

---

38) II, 2, §. 392.

3. Die Frage: ob bei Bestimmung des Pflichttheils der übrigen Kinder der Notherbe mitzuzählen sei, welcher erst nach des Erblassers Tode verzichtet und Keiner in seine Stelle tritt, ist im Landrechte übergangen und wird von den gemeinrechtlichen Schriftstellern ebenfalls verschieden beantwortet. Die Meisten stimmen für die Mitzählung, so daß der Pflichttheil die Hälfte (nach preußischem Rechte zwei Drittel) der Intestatportion betrage, wenn mit Einrechnung des Entsagenden fünf Kinder sein sollten. Darüber aber gehen die Meinungen wieder auseinander, wem der Antheil des Entsagenden zufalle. Einige[39]) lassen die Portion allen übrigen Kindern akkreszjiren; Andere[40]) unterscheiden, ob die Entsagung ausdrücklich zum Vortheile eines bestimmten Anderen, oder schlechthin geschehen sei. Im ersten Falle bekomme der Begünstigte die vakante Portion, im anderen Falle akkreszire sie allen übrigen auf den Pflichttheil eingesetzten Notherben mit Ausschließung des oder der eingesetzten Haupterben. Um diese Meinung gleich zu beseitigen, darf nur bemerkt werden, daß der erste Fall gar nicht in Frage kommen kann, weil in der Entsagung einer bereits angefallenen Erbportion ausdrücklich zum Vortheil einer bestimmten Person eine Uebertragung der Portion an diese Person, wenn acceptirt wird, enthalten ist, und weil der zweite Fall voraussetzt, der Entsagende sei einer von mehreren auf den Pflichttheil gesetzten Notherben, welche gemeinschaftlich als Verbundene in eine Quote der ganzen Erbschaft succediren, Voraussetzungen, welche bei der Frage, wie sie gestellt ist, nicht zutreffen. Eine dritte Meinung[41]) will die vakante Portion auch den Haupterben zu Gute kommen lassen, sowie den übrigen auf den Pflichttheil berufenen Notherben, es sei denn, daß der Pflichttheil den sämmtlichen darauf Eingesetzten titulo legati auf die Weise hinterlassen worden sei, daß sie collegatarii seien, wo denn der Antheil des Entsagenden den übrigen Pflichttheilserben ausschließlich akkreszire. Diese Meinung setzt gleichfalls voraus, daß der Entsagende ein auf den gemeinschaftlichen Pflichttheil Eingesetzter sei. Endlich wollen einige Rechtsgelehrten mit Verwerfung aller Distinktionen den vakant gewordenen Antheil des schlechthin Entsagenden bloß dem oder den außer den Pflichttheilserben eingesetzten Haupterben

39) Carpzov, Jurispr. for. P. III. const. 10, def. 15; Quistorp, rechtl. Bemerkungen, Th. II, Bem. 37, Note h, S. 137.

40) Claproth, de computo legitimae secundum personas (Goett. 1739) §. 28.

41) Struve, Synt. jur., Exercit. X, th. 32, nr. 3. — Westenberg, de portione legitima, Cap. IV, §. 17, in illius operibus.

zufallen lassen[42]). — Diese Meinung ist auch für das preußische Recht für die richtige zu halten, denn sie entspricht genau dem letzten Willen des Erblassers und dem Gesetze. (Vergl. oben Nr. 2 am Schlusse.) Der Erblasser will seinen auf den Pflichttheil gesetzten Notherben nicht mehr hinterlassen als er muß, nämlich den Pflichttheil. Er beruft also seine sämmtlichen fünf Kinder zu seinen Erben, setzt aber Zwei davon auf den Pflichttheil. Dieser beträgt zur Zeit der Errichtung dieses letzten Willens zwei Drittel von einem Fünftel der ganzen Erbschaft für Jeden der beiden Pflichttheilserben. Dabei muß es nach Vorschrift des Testaments verbleiben, wenn auch Einer der fünf Erben die ihm angefallene Erbschaft ausschlägt. Mehr sollen sie nach dem Willen des Erblassers nicht haben, und weniger dürfen sie nicht erhalten. Daraus folgt, daß die eingesetzten fünf Kinder bei der Feststellung des verschriebenen Pflichttheils gezählt werden müssen und daß die Frage: wer den vakant gewordenen Theil des Entsagenden in Anspruch zu nehmen berechtigt sei, ganz wegfällt, wenn ein jeder der beiden Pflichttheilserben zwei Drittel seines Fünftels aus der ganzen Masse nimmt und die Hauptерben, welche nicht entsagt haben, den verbleibenden Rest der Masse unter sich theilen.

VI. Aufhebung. Aus Formmängeln, sowie allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Verträge überhaupt, z. B. mangelnder Handlungsfähigkeit, Willensunfreiheit, Betrug, Irrthum und anderen rechtsmäßigen Ursachen kann selbstverständlich auch der Erbverzicht rückgängig gemacht werden. Hier sind nur zwei besondere Aufhebungsgründe zu betrachten, welche ebenfalls gemeinrechtlich nicht unbestritten sind. Diese Gründe beziehen sich nur auf das etwanige Widerrufsrecht des Verzichtenden; dem künftigen Erblasser, beziehungsweise Abfindenden steht in keinem Falle ein besonderes Widerrufsrecht zu, namentlich nicht wegen Verarmung[43]).

1. Wenn das Erbrecht gegen Abfindung aufgegeben worden war, so gestatten einige Juristen den Widerruf wegen enormer Verletzung, welche stattgefunden haben sollte, wenn das abgefundene

42) Glück, Kommentar, Bd. VII, S. 139 und die dort Angeführten; Mühlenbruch, ebend. Bd. XXXVIII, S. 269.

43) „— Summa haec aequitatis ratio movet, quod liberi separati quando bona decreverunt, parentibus ad egestatem redactis nihil ex acceptis restituunt.“ Mevius, Comment. ad jus Lubec. P. II, tit. 2, art. 33, nr. 56. Damit ist den verarmten Eltern nicht ihre Alimentenforderung aus dem Grunde der Blutsverwandtschaft abgesprochen.

Kind nicht die Hälfte des Pflichttheils erhalten hatte. Mevius[44]) sagt: „Quodsi tamen liberi se immodice laesos esse reperiunt, dubio caret, iis tanquam separatione rite atque debite non facta, manere integra liberorum consortium jura. — Nam et filiabus enormissime laesis contra renunciationem hereditatis ab ipsis factam competit remedium L. 2 C. de rescindenda venditione. — Enormissimam autem laesionem incurrere liberos puto, cum dimidiam legitimam non accipiunt: id quod aestimatur tempore assignationis ex quantitate bonorum, quae tunc. Dieser Meinung liegt die Auffassung zu Grunde, daß das Rechtsgeschäft ein lästiges unter Lebenden sei und daher Leistung und Gegenleistung in einem entsprechenden Verhältnisse stehen müsse. Daher ist der Ansicht von Anderen widersprochen worden. Ferner hat man die Regel: rebus sic stantibus, auf den Erbverzicht gegen Abfindung von verschiedenen Seiten für anwendbar finden wollen und dem abgefundenen Kinde die Forderung auf Ergänzung des Pflichttheils zugestanden, wenn der Abfindende hinterdrein neues Vermögen erworben. — Das Landrecht hatte alle diese Widerrufsgründe verworfen:

> „Ist — der Vertrag solchergestalt (in der vorgeschriebenen Form) geschlossen worden; so kann das Kind denselben unter keinerlei Vorwande, auch nicht wegen veränderter Vermögensumstände der Eltern, weiter anfechten[45])."

Hiernach kann das von der künftigen Verlassenschaft des Parens durch Verzicht oder Abfindung ausgeschlossene Kind den Vertrag aus dem Grunde der Unzulänglichkeit der Abfindung überall nicht anfechten.

2. Gemeinrechtlich wird als Grundsatz angenommen, daß das abgefundene und dadurch von dem künftigen Nachlaß seines Parens ausgeschlossene Kind wieder in sein aufgegebenes Erbrecht zurücktritt, wenn von den Personen, mit Rücksicht auf welche die Ausschließung geschehen ist, keine den künftigen Erblasser überlebt[46]). Diesen Grundsatz hat das Landrecht aufgenommen:

> „Sind die anderen Kinder, oder der Ehegatte, oder zu wessen Gunsten sonst der Vertrag geschlossen worden, vor dem Eintritte des Erbanfalls abgegangen, und hat auch der den Ver-

---

44) Ibidem, nr. 51—54. Vergl. Carpzov, Jurispr. for., P. II, const. 35, def. 5.

45) II, 2, §. 485.

46) Mevius l. c. Nr. 134, 135. — Phillips a. a. O. S. 255.

trag schließende Theil der Eltern keine letztwillige Verordnung hinterlassen, so gelangt das vorhin ausgeschlossene Kind dennoch zur gesetzlichen Erbfolge." — „Verwandte in der aufsteigenden und Seitenlinie können daher ein solches Kind von dem Nachlasse der Eltern nur insofern ausschließen, als der Vertrag mit demselben ausdrücklich zu ihren Gunsten errichtet worden [47])."

Der Ausdruck dieses Gesetzes: „hat auch der ꝛc. — — keine letztwillige Verordnung hinterlassen", kann den Gedanken wecken, daß der künftige Erblasser das abgefundene Kind auch durch Testament von seiner künftigen Erbschaft ausschließen könne, wenn die in dem Verzicht berücksichtigten Personen ihn nicht überleben. Das würde ein Irrthum sein. Die Rechtslage ist diese: Der Verzicht, mit oder ohne Abfindung, zu Gunsten gewisser bestimmter Personen ist ein bedingter Verzicht, nämlich durch die Voraussetzung bedingt, diese Personen werden die Erben des den Vertrag mit dem Kinde schließenden Theils der Eltern werden, sei es auf Grund des von ihnen mit abgeschlossenen Vertrages, oder auf Grund der gesetzlichen Erbfolge, oder, wenn sie kein gesetzliches Erbfolgerecht haben, auf Grund eines besonderen Erbvertrages zwischen ihnen und dem Erblasser oder eines Testamentes desselben. Denn die Wirkung des Erbverzichts besteht allein darin, den Erblasser von der ihm durch gebietendes Gesetz zum Vortheil des Verzichtenden aufgelegten Pflicht, diesem einen gewissen Theil seines Vermögens nachzulassen, auch wenn er nicht wollte, zu befreien. Tritt die Voraussetzung des Verzichts nicht ein, d. h. sterben die berücksichtigten Personen vor dem Erblasser, so tritt das suspendirte Erbrecht des Verzichtenden wieder in volle Wirksamkeit, es ist nun entschieden, daß die Bedingung nicht eintritt; es steht nun so, als wenn die bedingte Ausschließung des Kindes von der künftigen Verlassenschaft des Parens gar nicht vorhanden wäre. Macht der Parens ein Testament, worin jetzt nur ein Dritter eingesetzt werden könnte, da von den im Verzicht in Aussicht Genommenen keiner mehr vorhanden ist, so steht es ihm nicht frei, durch Diesen jenes Kind ganz auszuschließen, das wäre vertragswidrig; seine alte Pflicht ist wieder in Kraft getreten. Hieraus erhellet, daß er jenem Kinde den Pflichttheil hinterlassen muß. Auch die Abfindung kann er ihm darauf nicht anrechnen; denn jener Vertrag war ein gewagtes Geschäft, welches seinen regelmäßigen Ver-

---

47) II, 2, §§. 486, 487.

lauf genommen hat; die Anrechnung würde ein unberechtigter Rücktritt von demselben sein. Bei dem absoluten Erbverzichte steht es freilich anders.

## §. 83.
## C. Von Erbverträgen über die Verlassenschaft eines Dritten.

I. Begriff und Natur. Die sogenannten Erbverträge über den Nachlaß eines Dritten (pacta de hereditate tertii vel aliena) sind Verträge, welche sich auf den Nachlaß eines Dritten, eines bestimmten oder unbestimmten, beziehen, d. h. über den Inhalt der Erbschaft irgend einen Handel oder sonst eine Verabredung, etwa Theilung, feststellen. Sie unterscheiden sich von den wahren Erbverträgen wesentlich dadurch, daß diese es mit der Bestimmung der künftigen Erbfolge zu thun haben, folglich zum Voraus, ehe eine Delation eingetreten ist, und daher nothwendig mit dem künftigen Erblasser selbst abgeschlossen werden müssen, weil Niemand einen Erben haben kann, den ihm ein Anderer ernannt hat; nur der Vermögensherr vermag, wenn er es nicht bei der gesetzlich angeordneten Erbfolge belassen will, die Erbfolge in seinen Nachlaß zu bestimmen. Der Vertrag dritter Personen aber kann unmöglich die Erbfolge ändern, gleichviel, ob zur Zeit der Eingehung eines solchen Vertrages der Erbfall schon eingetreten ist oder noch erwartet wird. Wenn also die Paciscenten durch einen über den Nachlaß eines Dritten unter sich abgeschlossenen Vertrag etwas wirken wollen, so kann es nur darin bestehen, daß derjenige, dem die Erbfolge zusteht, sich verpflichtet, dem Anderen das Erträgniß der Erbfolge an den Anderen herauszugeben. Dadurch wird nur eine Obligation begründet. „Die Erbfolge wird dadurch nicht geändert, Successor bleibt, der es sonst war, und der Dritte succedirt dem Erblasser weder universell, noch singulär, weder mittelbar, noch unmittelbar. Ob der Dritte selbst Erbe ist, und nur dadurch etwas bekommt, was er sonst nicht geerbt haben würde, oder ob er ein Extraneus ist, das ist ganz einerlei, zu dem Erbtheil des Andern ist er in dieser Beziehung immer Extraneus. Selbst wenn reine Erbtheilung beabsichtigt wurde, so wie sie ohnehin nach dem Gesetz geschehen mußte, und man nur eine definitive Norm wollte, die nun für immer feststehen sollte, damit kein Streit weiter entstände, so ist dieses Feststehen doch lediglich durch eine wechselseitige Obligation begründet. Wenn eine Erbschaft nach dem Tode des Erblassers verkauft wird,

so succedirt der Käufer dem Erblasser nicht mehr, als wenn er eine einzelne Sache aus der Erbschaft vom Erben kaufte, anders wie beim Fideikommiß oder Legat, obgleich doch auch hier herausgegeben und restituirt werden muß; es ist aber nicht anders, wenn der Verkauf vor dem Tode desselben, also über eine künftige Erbschaft geschlossen wurde. Alle diese Fälle gehören daher nicht ins Erbrecht, dessen Bezirk durch die Successionen in den Nachlaß eines Vorverstorbenen ausgemessen ist; sie gehören sämmtlich ins Kontrakts- und Obligationen-Recht, wie die römischen Juristen actio und hereditas vendita zusammenstellen. Will man dies zusammenfassen und durch eine kurze Benennung im Gegensatze des Erbvertrages bezeichnen, so würde ich dazu das Wort Erbschaftsvertrag vorschlagen. — Es folgt also, daß die Fälle, wo über eine noch nicht angefallene Erbschaft ein Handel getroffen worden, wenn man die Sache juristisch ansieht, durch eine weite Kluft von den Erbverträgen geschieden sind, ungeachtet einer zufälligen faktischen Aehnlichkeit; daß sie vielmehr mit den Verträgen über eine schon angefallene Erbschaft unter Ein Genus gehören, von welchem diese und jene nur unterschiedliche Species ausmachen." So Hasse[1]). Aehnlich Beseler: „Hier stellt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Geschäften (Erbvertrag und Vertrag über die Erbschaft eines Dritten) heraus: während nämlich der Erbvertrag auf die Beerbung geht, und entweder ein wahres Erbrecht begründet oder aufhebt; so kommt der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten nur mittelbar zu demselben Resultat, indem dadurch bloß eine Obligation konstruirt wird auf die Herausgabe der nach dem Tode des Erblassers dem ursprünglichen Erben deferirten Verlassenschaft. Ein Erbrecht kann dadurch nicht hervorgerufen werden, weil nur der Erblasser befugt ist, gegen die gesetzliche Regel die Succession in seinen Nachlaß zu verändern; die Macht des künftigen Erben aber nicht weiter geht, als die Herausgabe der Erbschaft zu versprechen, und zwar auf den Fall, daß er wirklich Erbe geworden ist. Das Geschäft gehört also ins Obligationenrecht, so gut wie die hereditas vendita; denn wenn auch der Vertrag unter verschiedenen Umständen geschlossen ist, so bleibt doch sein Effekt im Wesentlichen derselbe[2])." Die Erbesqualität ist, wie jede persönliche Eigenschaft, von der Person ganz untrennbar.

---

1) Von dem Vertrage über die Erbschaft eines Dritten; im rheinischen Museum, Jahrg. II, S. 219 flg.

2) Lehre von den Erbverträgen, Th. II, Bd. 1, S. 24, und Bd. 2, im Anhange.

Das Allgemeine Landrecht hat nirgend, weder geradezu noch versteckt, zu erkennen gegeben, daß die Erbeseigenschaft von der Person des Erben von diesem selbst willkürlich abgestreift und zum Gegenstande des Verkehrs gemacht werden könne; es findet sich daher keine Bestimmung, wonach durch einen Vertrag über den Nachlaß eines Dritten, durch Entsagung der Erbschaft zum Vortheil oder, wie es gewöhnlich heißt, zu Gunsten eines Anderen, bei Lebzeiten des Erblassers die Erbfolge geändert werden könnte. Allein das Landrecht faßt den Erbvertrag allgemein als Vertrag über den Nachlaß einer noch lebenden Person auf, ohne auf den wesentlichen Unterschied zwischen wahren Erbverträgen, d. h. solchen Verträgen, wodurch die Erbfolge in den Nachlaß einer bestimmten Person im Einzelfalle bestimmt wird, und Verträgen über den Nachlaß eines Dritten einzugehen, und stellt daher die letzteren Verträge in der äußeren Behandlung mit den wahren Erbverträgen zusammen unter die Herrschaft desselben Prinzips, nämlich in das Erbrecht; doch aber wieder nicht vollständig, indem von dem Genus dieser Verträge nur die eine Spezies in das Erbrecht gestellt und den Erbverträgen zugezählt wird, nämlich nur diejenigen Verträge, in welchen über eine noch nicht angefallene Erbschaft etwas abgemacht wird; wogegen die zweite Spezies, d. h. Verträge über eine schon angefallene Erbschaft, in das Obligationenrecht verwiesen ist [3]). Auf die erste Spezies beziehen sich folgende Bestimmungen:

„Verträge, wodurch einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagt, oder die Theilung einer solchen Erbschaft im Voraus angeordnet wird, gelten nur unter denjenigen, welche zu einer solchen Erbschaft als gesetzliche Miterben berufen sind [4])."

Es darf wohl hierbei gleich bemerkt werden, daß das Gleiche auch unter denjenigen gilt, welche durch Vertrag als Miterben berufen sind.

„Haben Kinder über ihr Erbrecht auf den Nachlaß der Eltern, durch einen mit den Eltern selbst, oder auch mit Anderen geschlossenen Vertrag verfügt: so können, insofern sie selbst den Erbanfall erleben, ihre Abkömmlinge dergleichen Vertrag nicht anfechten [5])."

Die Stelle entscheidet, wie man sieht, geradezu nur die Frage, in-

---

3) A. L.R. Th. I, Tit. 11, Abschnitt 4 (§§. 445 u. flg.) u. Tit. 17, Abschn. 2 (§§. 115 u. flg.)

4) Ebenda I, 12, §. 649.

5) Ebenda II, 2, §. 357.

wiefern die Nachkommen der paciscirenden Kinder durch die Erbverträge ihrer Eltern mit Anderen ausgeschlossen werden können; hierher gehört die Stelle nur wegen der darin befindlichen Gleichstellung der Erbverträge der Kinder mit den Eltern und der Verträge der Kinder „mit Andern" über den künftigen Nachlaß der Eltern: beide Verträge werden als Erbverträge zusammengestellt. Hiervon wird bei der Form Gebrauch gemacht werden (III). — Ferner darf hier der Aufmerksamkeit nicht entgehen, daß in der ersten Stelle nur von Verträgen über eine künftige bestimmte Erbschaft, d. h. über die Erbschaft einer gewissen bestimmten Person die Rede ist. Daraus darf nicht geschlossen werden, daß Verträge über die Verlassenschaft einer unbestimmten dritten Person unzuläßig sein sollen. Die Bestimmung hängt zusammen mit dem Streite über die Gültigkeit eines Vertrages über die Erbschaft nach einem bestimmten Erblasser ohne dessen Erlaubniß; Verträge über die von irgend einem unbestimmten Erblasser künftig anfallende Erbschaft sind von jeher als erlaubte angesehen worden. Das römische Recht erwähnt derselben ausdrücklich als unanstößiger Geschäfte: „De illo quaeritur, si ita societas, ut si qua justa hereditas alterutri obvenerit, communis sit: quae justa hereditas? utrum quae jure legitimo obvenit, an etiam ea, quae testamento? Et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere [6]." Durch solchen Vertrag wurde also eine vollkommen gültige Obligation gegründet und es ist darüber auch unter den gemeinschaftlichen Juristen irgend ein Zweifel nicht erhoben worden. Wem von den Paciscenten eine Erbschaft anfällt, muß sie mit dem Anderen theilen. Dagegen streitet man noch heute über die Zuläßigkeit der s. g. Erbverträge über die Verlassenschaft eines bestimmten Dritten ohne dessen Zustimmung (Nr. II). Die vorhin angeführten Stellen des Landrechts bestimmen nun, inwiefern dergleichen Verträge gelten, und die Uebergehung der Verträge über den Nachlaß eines unbestimmten Dritten, eines tertii incerti, hat die Bedeutung, daß diese Verträge nicht hierher in das Erbrecht, sondern in das Obligationenrecht gehören.

II. Zuläßigkeit. Das römische Recht hat über die Gültigkeit dieser Verträge folgende Bestimmung von Justinian:

„Duabus vel pluribus personis spes alienae hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos devolvendae, pactaque

---

6) L. 3, §. 2 D. pro socio (XVII, 2).

inter eos inita sunt pro adventura hereditate, quibus specialiter declarabatur: si ille mortuus fuerit et hereditas ad eos pervenerit, certos modos in eadem hereditate observari, vel: si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit, certas pactiones evenire. Et dubitabatur, an hujusmodi pacta servari oporteret. Faciebat autem eis quaestionem, quia adhuc superstite eo, de cujus hereditate sperabatur, hujusmodi pactio processit, et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos perventura, sed sub duabus conditionibus composita sunt: si ille mortuus fuerit, et si ad hereditatem vocentur hi qui hujusmodi pactionem fecerunt. Sed nobis omnes hujusmodi pactiones odiosae esse videntur, et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quae enim, quodam vivente et ignorante, de rebus ejus quidam paciscentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus: omnimodo hujusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis adcommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit: tunc etenim sublata acerbissima spe, licebit eis illo sciente et jubente hujusmodi pactiones servare [7])."

Diese Verordnung bestimmt ganz allgemein, daß alle Verträge über die Verlassenschaft einer bestimmten noch lebenden Person ohne deren Vorwissen und Einwilligung ungültig, die Einwilligung aber für diese nicht bindend sein solle. Die Einwilligung hat sonach nur die Bedeutung, daß sie dem Geschäfte die Unschicklichkeit und somit die Gesetzwidrigkeit benimmt. Dies ist bis in die zweite Hälfte des vorigen Jahrhunderts als geltendes Gemeines Recht unangefochten geblieben. Dann wurde der Satz aufgestellt, daß die römischen Gesetze gegen die Verträge über die Erbschaft eines Dritten „bei uns" keine Anwendung fänden, und daß daher diese Verträge auch ohne die Genehmigung des Dritten unbedingt gültig seien [8]), weil

---

7) L. 30 C. de pactis (II, 3). Schon in der L. 2 C. Theod. familiae hercisc. (II, 24) im Wesentlichen enthalten.

8) Hommel, Rhasp. quaest. obs. 59. Besonders von neuern: Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 341, Note d; Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 402, Text zu Note 5; Göschen, Vorlesun-

der Grund der römischen Verordnungen von der dem Erblasser daraus entstehenden Lebensgefahr u. dergl. heutzutage nicht existire und nach einer entschiedenen deutschen Praxis alle Arten von Erbverträgen gültig seien. Dieser Meinung ist Hasse [9]) mit Entschiedenheit entgegengetreten. Die Gründe, sagt er, welche die Römer veranlaßten, den in Rede stehenden Vertrag als gegen die gute Sitte verstoßend anzusehen, seien andere als die, welche die Unziemlichkeit und Ungültigkeit der wahren Erbverträge bei ihnen verursachten, nämlich solche, die in jedem Volke und zu jeder Zeit im Allgemeinen dieselbe Kraft bewiesen, auch wo keine Giftmischereien an der Tagesordnung seien. Diese tiefer liegenden Gründe seien so natürlich und allgemein menschlich, daß man sie niemals verreden könne. „Man frage nur sein Gefühl: in neuester Zeit so gut wie in ältester wird z. B. ein Vater sich nicht dadurch geschmeichelt fühlen, wenn seine Kinder bei seinem Leben und hinter seinem Rücken seinen Nachlaß unter sich theilen, wenn auch nur auf dem Papier, oder wenn ein Kind wohl gar seinen Erbtheil an einen Fremden verhandeln wollte. Es ist auch immer die gleiche Gefahr für das Kind, bei einem solchen Handel betrügerisch übereilt und übervortheilt zu werden, ohne daß sich das immer nachweisen läßt. Daß es aber in unseren Tagen und bei so hoher Verfeinerung der Sitten ganz an Gefahr für das Leben dessen, dem ein solcher Vertrag verheimlicht wird, ungeachtet dieser doch sein Vermögen angeht, fehlen sollte, davon kann ich mich auch nicht recht überzeugen, zumal man hier an Spekulationen denkt, die von einzelnen Personen hier gemacht würden, und die das Zwangsrecht dann gewähren müßte. Also Unziemlichkeit und Beleidigung gegen den Erblasser, ja oft wahre Niederträchtigkeit und Gefahr nach allen Seiten hin („pactiones odiosae et plenae tristissimi et periculosi eventus“) ist immer noch diesen Verträgen nicht abzusprechen, zumal wenn sie mit absichtlicher Verheimlichung gegen den Erblasser oder gar wider sein Verbot eingegangen werden.“ — Auch existirt durchaus keine entschiedene Praxis, im Gegentheil, es finden sich Entscheidungen ganz im Sinne der Hasse'schen Meinung [10]). Es stehen sich also zwei extreme Meinungen schroff gegen-

---

gen über das gemeine Civilrecht, herausgegeben von Erxleben, Bd. III, §. 956, S. 431; Buddeus in Weiske's Rechtslexikon, Bd. IV, S. 30.

9) Rheinisches Museum, Jahrg. II, S. 232. Ihm angeschlossen hat sich Beseler, Th. II, Bd. 1, S. 26 unten, und Bd. II im Anhange.

10) Z. B. bei Berger, Oec. juris, L. II, tit. 4, th. 48, Nota 1. — Aus neuer Zeit führt Hasse selbst a. a. O. S. 241 eine auf seinen Antrag abgefaßte, zwei entgegengesetzte Erkenntnisse reformirende Entscheidung des Spruchkollegiums,

über. Nach der einen sind die in Rede stehenden Verträge, ohne Zustimmung des Erblassers, kraft der in gemeinrechtlicher Geltung stehenden Vorschrift des römischen Rechts, von Anfang nichtig, nach der anderen sind sie, auch ohne jene Zustimmung, unbedingt gültig. Es finden sich jedoch drei vermittelnde Meinungen, welche alle von der ersten strengen Meinung, also von der Geltung der römischen Bestimmungen, ausgehen und sich nicht ausschließen. Diese lassen sich hier nicht übergehen, weil sie die Unterlage zum Verständniß der landrechtlichen Satzungen sind. Die eine ist die, daß die allerdings nothwendige Zustimmung des Erblassers nicht bei Eingehung des Vertrags erforderlich ist, also der Mangel derselben zu dieser Zeit den Vertrag nicht von Anfang nichtig macht, sondern auch später nachfolgen kann und somit den Vertrag perfekt macht, nur daß der Erblasser dabei bis zu seinem Tode beharren muß [11]). Die andere besteht darin, daß die Miterben unter sich eventuelle vertragsmäßige Bestimmungen über die künftige Erbtheilung schon beim Leben des Erblassers treffen können, nur daß dazu Einwilligung desselben erforderlich ist, um dem Geschäfte das Unschickliche zu nehmen, was sonst darin liege, nicht als ob dadurch das Geschäft verbindlich gemacht würde [12]). Nach einer dritten Meinung soll die fehlende Einwilligung des Erblassers kein Hinderniß sein, wenn derselbe zur Zeit der Vertragsschließung wahnsinnig sei; denn durch einen solchen Vertrag würde das Leben des Wahnsinnigen eher erhalten als gefährdet, indem durch denselben der Friede unter den nahen Verwandten erhalten und gesichert werde [13]). — Dies ist der Boden der folgenden landrechtlichen Bestimmungen im Tit. 12, Th. I:

§. 649. „Verträge, wodurch einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagt, oder die Theilung einer solchen Erbschaft im Voraus angeordnet wird, gelten nur unter denjenigen, welche zu einer solchen Erbschaft als gesetzliche Miterben berufen sind.“

§. 653. „Wenn der, über dessen künftige Erbschaft ein solcher Vertrag (§. 649) geschlossen ist, eine verbindliche Willenserklärung abzugeben unfähig ist, so kann zwar der Vertrag, auch ohne seinen Beitritt, gültig geschlossen werden;“

dessen Mitglied er war, für seine Ansicht an. Dieser ist auch beigetreten Kopf in den merkwürdigen Rechtssprüchen, Bd. I, S. 33.

11) Carpzov, Jurispr. forens. P. II, const. 35, def. 19, Nr. 5; Gebrüder Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Bd. IV, S. 189.

12) Mühlenbruch, in Glück, Bd. XLII, S. 235.

13) Hasse a. a. O. S. 235, Note 109, Nr. 2, der Ausnahmen.

§. 654. „Alsdann ist aber die gerichtliche Aufnehmung und Abschließung desselben zu seiner Gültigkeit nothwendig."

Die beiden ersten Stellen sind durch Dazwischenschiebung der Bestimmungen über den Fall, wenn ein präsumtiver Miterbe mit einem Fremden über die künftige Verlassenschaft des bestimmten Erblassers paciſciren will, welches nur in der Form eines wahren, mit dem Erblasser selbst errichteten Erbvertrages zulässig ist (§. 82), von einander räumlich getrennt; daß sie aber zu einander gehören, ist bereits oben (§. 82, III, Nr. 1) nachgewiesen. Dies vorausgesetzt, bestimmt das Landrecht:

1. Verträge, welche präsumtive Miterben über den Nachlaß ihres bestimmten Erblassers auf den eventuellen Fall, daß sie wirklich dessen Erben werden, wegen der künftigen Theilung und Ueberlassung einzelner Quoten (Entsagung des Einen zu Gunsten des Andern) oder Sachen und Rechte (Auseinandersetzung), mit einander im Voraus schließen, begründen eine gültige Obligation zwischen ihnen, wenn auch der Erblasser nicht beitritt, d. h. dazu nicht seine Einwilligung oder Erlaubniß giebt. Diese Einwilligung, welche auch nachträglich ertheilt werden kann, soll aber nachgesucht werden. Soweit stimmt das Landrecht mit der vorhin erwähnten ersten und zweiten modificirten Meinung überein.

2. Kann der Erblasser seine Einwilligung nicht geben, weil er zu einer verbindlichen Willenserklärung unfähig ist, so ist der Mangel dieser Zustimmung kein Hinderniß bei der Abschließung des Vertrages unter den Miterben. Dies ist die dritte der vorhin vorgetragenen drei Nebenmeinungen. Aber das Landrecht schreibt ein Surrogat für die mangelnde Einwilligung vor: der Vertrag soll von den Miterben vor Gericht mündlich zu Protokoll erklärt werden (§. 82, III, 1). Die Verabsäumung dieser Form hat die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge, d. h. der Vertrag steht nicht unter dem Zwangsrecht, die freiwillige Erfüllung ist nicht ausgeschlossen, wenn Alle den Erbanfall erleben; fehlt auch nur Einer, so fällt der ganze Vertrag von selbst hinweg. — Also die Form ist gleichsam ein Surrogat für die Willensunfähigkeit des Erblassers, dessen Einwilligung nun fingirt wird. Wie steht es aber mit der Feststellung der Willensunfähigkeit? Der Erblasser muß zugezogen werden, so daß der Richter sich von dem Geisteszustande desselben überzeugen und davon Akt nehmen kann. Diese Form verhindert die Heimlichkeit und Hinterhaltigkeit, und benimmt somit dem Geschäfte die Unziemlichkeit, welche sonst darin liegen würde. Die Form ist deshalb eine

besondere, welche dem Richter eine Art von Kognition möglich macht.

3. Wenn der willensfähige Erblasser seine Erlaubniß nicht zu dem Geschäfte giebt, es wohl gar verbietet? Da wird wohl für die Kinder schicklich sein, dasselbe ganz zu unterlassen. Daß der in Rede stehende Vertrag ohne oder gar wider den Willen des Erblassers von dessen muthmaßlichen Erben rechtsverbindlich geschlossen werden könne, sagt das Landrecht nirgend, der §. 649 enthält solches in den Worten: „gelten nur unter denjenigen, welche" ꝛc., keineswegs, sie drücken nur den Gegensatz in Beziehung auf den Erblasser aus: dieser wird durch den Vertrag nicht gebunden, wenn er auch seine Erlaubniß dazu giebt.

III. Form. Das Obertribunal ist der Meinung, daß die in dem §. 649 erwähnten Entsagungs- und Erbtheilungsverträge über eine künftige Erbschaft unter den dazu berufenen Miterben nur dann der gerichtlichen Form und Abschließung bedürfen, wenn ein solcher Vertrag zu Gunsten eines Fremden, d. h. einer nicht zu den gesetzlichen präsumtiven Erben des künftigen Erblassers gehörigen Person, geschlossen werden soll [14]). Dieser Ansicht habe ich früher dahin beigestimmt, daß zu dem Entsagungs- oder Erbtheilungsvertrage der gesetzlichen präsumtiven Erben die schriftliche Form unter Privatunterschrift genüge, wenn der künftige Erblasser zu dem Uebereinkommen seine Einwilligung gebe [15]). Nachdem ich jetzt von Neuem die Materie in ihrem ganzen Zusammenhange studirt habe, bin ich zu einem anderen Ergebniß gekommen. Das Landrecht hat, wie oben (No. I, Absatz „das Allgemeine") nachgewiesen ist, die Ansicht zu der seinigen gemacht, nach welcher die Verträge in Beziehung auf den künftigen Nachlaß eines bestimmten Dritten zur Klasse der Erbverträge gehören. Wenn nun das Landrecht über die Form der in Rede stehenden Verträge nicht besonderes bestimmt — und das hat es nicht gethan —, so ist es bei derjenigen Form, welche es als die ordentliche für Erbverträge überhaupt vorgeschrieben hat, verblieben, und diese Form ist die der Testamente [16]). Daraus folgt, daß auch die beiden Spezien der Erbverträge, über welche sich der §. 649 verhält, entweder gerichtlich abgeschlossen oder von den Paciscenten persönlich den Gerichten übergeben werden müssen. Dieses erhält

14) Erk. des Obertrib. vom 25. Februar 1861 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XL, S. 302).

15) Anm. 21 zu §. 654, I, 12 des A. L.R.

16) I, 12, §. 621.

seine Bestätigung durch die Vergleichung des Landrechts mit dem gedruckten Entwurfe [17]), wo der Inhalt des §. 649 getheilt in drei Paragraphen gefaßt ist, welche lauten:

§. 416. „Auch dem künftigen Nachlaß eines Dritten kann dessen vermuthlicher Erbe, durch einen Vertrag, zu Gunsten eines Andern, gültig entsagen."

§. 418. „Auch über die Theilung des künftigen Nachlasses eines Dritten können dessen gesetzliche Erben im Voraus Verträge schließen."

§. 419. „An dergleichen Verträge sind die Kontrahenten gebunden, wenn auch der Erblasser die Theilung unter ihnen, durch eine letztwillige Verordnung, mehr zum Vortheil eines oder des anderen bestimmt hätte."

Nun heißt es über die rechtliche Natur dieser Verträge in dem folgenden

§. 420. „Solche Verträge (§. 416—419) sind lediglich nach den Grundsätzen anderer Verträge unter Lebendigen zu beurtheilen."

Diese Theorie, von welcher auch vorhin (Nr. II) gesprochen worden ist, hat man bei der Umarbeitung des Entwurfs verlassen und mit der anderen vertauscht, die Bestimmung über die Natur dieser Verträge ist dann, folgerichtig, nicht wieder aufgenommen und dieselben müssen nun, namentlich auch hinsichtlich der Form, wie Erbverträge behandelt werden.

---

## Dritter Abschnitt.

## Von der gesetzlichen Erbfolge.

Karl Witte, das preußische Intestat-Erbrecht, aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt. Leipzig, 1838. Außer dieser gehaltvollen Schrift ist mir keine der preußischen Rechtsliteratur angehörige Monographie über den in diesem Abschnitte behandelten Gegenstand bekannt. Von allgemeinen Werken ist der Abschnitt von der Intestat-Erbfolge in dem sechsten Bande des bekannten Systems des preußischen Civilrechts von Bornemann auszuzeichnen.

### §. 84.

#### Vorbemerkungen.

I. Soweit der Erblasser seinen Willen über das Schicksal seines

---

17) Th. II, Abth. 2, Tit. 9, Abschn. 2, S. 424.

Vermögens nach seinem dereinstigen Tode nicht ausdrücklich ausgesprochen hat, wird angenommen, er wolle es bei dem, was die Gesetze auf solchen Fall angeordnet haben, bewenden lassen (oben, §. 3). Es kommt also dann zur Intestaterbfolge (legitima hereditas, hereditas intestati oder ab intestato). Diese ist nach römischem Rechte regelmäßig nur Universal-Succession und diese Regel hat das preußische Recht, nur mit einigen aus dem deutschen Rechte sich erhaltenen Ausnahmen, in welchen an einzelnen Sachen oder an gewissen Arten von Sachen, namentlich an Gerade und Heergeräthe, eine Singular-Succession vorkommt, und einer aus dem römischen Rechte herkommenden Ausnahme bei der unehelichen Verwandtschaft, beibehalten.

II. Der regelmäßige Grund aller Intestat-Succession ist eine Gemeinschaft des Erblassers mit gewissen Personen. Die als ein solcher Grund anerkannten Gemeinschaften sind Blutsgemeinschaft, Geschlechtsgemeinschaft in gesetzlicher Form und Heimathsgemeinschaft. Das in Einzelfällen vorkommende Erbrecht des Verpflegers des Erblassers beruhet nicht auf einem allgemeinen Grunde, dasselbe wird vielmehr erst auf Grund positiver Gesetzesvorschrift dem wahren Erben entzogen und auf den Verpfleger übertragen. Hiervon wird unten in dem Abschnitte vom Verluste des Erbrechts, im dritten Buche, das Nähere vorgetragen werden. Die erwähnten drei Gemeinschaften als Gründe des Intestaterbrechts (§. 3) werden der Gegenstand in den zunächstfolgenden Kapiteln sein.

III. Daß absolute Erbunfähigkeit (§. 18) auch von der Intestaterbfolge ausschließt, ist selbstverständlich. Als relative Erbunfähigkeit ab intestato ist aufgefaßt worden[1]): 1. die Unwürdigkeit dessen, welcher den Erblasser in der Noth hülflos gelassen hat[2]); 2. die Unwürdigkeit dessen, der den Erblasser an Errichtung eines Testamens verhindert[3]), oder gezwungen oder betrüglich verleitet hat, ein eben deshalb nichtiges Testament zu machen[4]); 3. die Nichtberechtigung des die Erbschaft ex testamento Ausschlagenden zur gesetzlichen Erbfolge[5]); 4. die Unwürdigkeit dessen, der den Tod

1) Von Witte a. a. O. §. 3, S. 11, und von mir im Privatrecht §. 816, No. I.

2) A. L.R. II, 3, §§. 23, 24 u. 29.

3) A.L.R. I, 12, §. 605.

4) Ebenda §§. 24, 25 u. 609.

5) Ebenda I, 9, §§. 401, 402; II, 1, §. 491.

des Erblassers veranlaßt hat, zufolge des Grundsatzes: „Blutige Hand nimmt kein Erbe“ [6]), welcher jedoch im Landrechte nur für testamentarische, nicht aber, wie in anderen Legislationen, auch für Intestatsuccession aufgestellt sein soll [7]). Diese letztere Behauptung dürfte wohl nicht genau richtig sein, der Grundsatz findet sich auch bei der Intestaterbfolge unter Eheleuten angewendet [8]); bei anderen Intestaterben ist derselbe freilich übergangen. Genauer betrachtet sind jedoch diese Fälle alle nicht Fälle der Erbunfähigkeit. Die ersten beiden und der vierte sind Fälle der Unwürdigkeit, d. h. solche, in welchen dem wirklich Erbfähigen die bereits erworbene Erbschaft zur Strafe [9]) wieder entzogen und einer anderen Person zugewendet wird (unten, §. 151, No. VI), wogegen die Erbunfähigkeit nicht Strafe des Subjekts zu sein braucht. Der dritte Fall hat seinen Grund weder in der Unwürdigkeit noch in der Erbunfähigkeit, sondern in der Willenserklärung des Erben: die Entsagung wird als absolute Ausschlagung der Erbschaft des Erblassers überhaupt aufgefaßt.

---

## Erstes Kapitel.

## Von den Gründen der Intestaterbfolge.

### A. Von der Succession auf Grund der Blutsgemeinschaft.

### §. 85.

#### 1. Vollkommen berechtigende Verwandtschaft.

I. Ein vollkommenes Erbrecht wird nur durch diejenige Blutsverwandtschaft begründet, welche durch eine gültige Ehe zur rechten Hand vermittelt ist. Daß Jemand aus einer solchen Ehe entsprossen sei, wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, wenn die betreffende Person in solcher Ehe geboren worden, gleichviel wie lange nach der Trauung des Ehepaares, oder wenn er während derselben auch nur erzeugt worden [1]), und dieses gilt für ausgemacht, wenn die Geburt innerhalb des Zeitraums vom Tage der Auflösung

---

6) Eisenhart, deutsches Recht in Sprüchwörtern III, 3, Nr. 20.

7) So sagt Witte a. a. O. §. 3 a. E. S. 12.

8) II, 1, §. 828. — M. s. oben, §. 5, S. 58.

9) II, 3, §. 29: „Verwandte, die nur durch eigenes Unvermögen ihre hülflosen Verwandten zu ernähren verhindert worden, können niemals mit dem Verluste ihres Erbrechts bestraft werden. Vergl. I, 12, §§. 608, 610.

1) A. L.R. II, 2, §. 1.

der Ehe bis zum dreihundert und zweiten Tage nachher, den letzten Tag nicht mitgerechnet, erfolgt ist [2]), es wäre denn, daß sich aus der Beschaffenheit eines zu frühzeitig geborenen Kindes ergäbe, wie nach dem ordentlichen Laufe der Natur der Zeitpunkt seiner Zeugung nicht mehr in die Ehe träfe; und zugleich die Mutter des Kindes eines nach Auflösung der Ehe mit anderen Mannspersonen gepflogenen verdächtigen Umganges überführt werden könnte [3]). Dies ist die Uebertragung des Grundsatzes: „pater est quem nuptiae demonstrant“ [4]) aus dem römischen in das preußische. Suarez sagt: „Der Satz „pater est etc.“ paßt so gut auf Kinder, die 24 Stunden, als die 6 Monate nach der Hochzeit geboren werden. Der favor legitimitatis gestattet es nicht, daß der status der unter 6 Monaten geborenen Kinder dem schweren Beweise, daß der Ehemann vor der Hochzeit concubitum antizipirt habe, ausgesetzt werde [5]).“

II. Andere Zeugungen begründen nur ein beschränktes Erbrecht, mit Ausnahme des Falles, wenn ein Schwängerer die Geschwächte wirklich heirathet (legitimatio per subsequens matrimonium): dann erlangt das aus dem unehelichen Beischlafe erzeugte Kind eben dadurch, in allen durch besondere Gesetze nicht ausdrücklich ausgenommenen Fällen [5a]), die Rechte und Verbindlichkeiten eines ehelichen, wenn es auch noch vor der Heirath der Eltern geboren worden ist [6]). Behufs des zur Legitimation durch nachfolgende Ehe erforderlichen Beweises der Vaterschaft genügt auch deren nach geschlossener Ehe seitens des Ehemannes erfolgtes Anerkenntniß. Die Zustimmung des unehelichen Kindes beziehungsweise seiner Vormundschaft wird zur Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht für erforderlich gehalten [7]), was unter Umständen zweifelhaft sein kann. Sollte eine Person, welche durch Glückszufall sehr reich geworden, und welche nun von dem Manne ihrer Mutter, von der sie vor der Ehe unehelich geboren war, durch Anerkennung der Zeugung von ihm, legitimirt wird, nicht nachweisen dürfen, daß der Mann, der

---

2) Ebenda §. 2 u. I, 18, §. 410.

3) Ebenda II, 2, §. 21.

4) L. 5 D. de in jus vocando (II, 4).

5) Motive der Ges.-Rev. Pens. XV, S. 5. — Pl.-Beschl. des Obertrib. (Pr. 1181) vom 5. September 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 73) und Erk. vom 2. November 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 271).

5a) Welche im Landrecht gar nicht vorkommen.

6) A. L.R. II, 2, §. 596. Vergl. II, 9, §. 5.

7) Erk. des Obertr. vom 2. November 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 268).

sich solchergestalt Vaterrechte über sie anmaßt, gar nicht ihr leiblicher Vater sei? Diese Bemerkung ist gegen den Ausspruch des Obertribunals gerichtet, daß die negative Filiationsklage nicht zulässig sei[8]. Der Satz ist überhaupt nicht als richtig anzuerkennen; hier haben wir es jedoch nur mit der Frage zu thun: ob durch Legitimation per subsequens matrimonium das unehelich geborene Kind der Frau ohne dessen Wissen und Willen unabänderlich in die väterliche Gewalt des Mannes und in ein wechselseitiges Erbfolgerecht kraft seiner einseitigen Anerkennung, daß er der Erzeuger sei, gebracht werden könne. Das muß verneint werden. Richtig ist es zwar, daß die Wirkung der Legitimation lediglich der Kraft der Ehe zugeschrieben wird[9]) und daß daher die Einwilligung des Kindes nicht nöthig sein kann. Denn so wenig dasselbe durch seinen Widerspruch die Ehe seiner Eltern hindern kann, kann es auch die damit gesetzlich verknüpfte Wirkung der Legitimation hindern, es ist auch eine ausdrückliche Willenserklärung von Seiten der Eltern in Betreff der Legitimation ihrer unehelichen Kinder bei Schließung ihrer Ehe nicht erforderlich[10]). Allein um diesen Rechtspunkt handelt es sich nicht, vielmehr ist die Rede von der streitig gemachten thatsächlichen Unterlage; es wird bestritten, daß der Mann Erzeuger des Kindes sei. Darüber muß das Kind gehört werden, es darf nicht als Sache behandelt werden. Daher sagt Justinian in seiner jüngsten Verordnung über die Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe ganz verständig, daß, wenn es den Vätern nicht erlaubt ist, wider Willen der Kinder sie der väterlichen Gewalt zu entlassen, es auch dem Rechte nicht entspreche, ein Kind wider Willen unter die väterliche Gewalt zu bringen[11]). Nach heutigem Rechte ist zwar ein förmlicher Konsens des Kindes, aus dem vorhin angegebenen kanonischen Grunde, zu seiner Legitimation durch die nachfolgende Ehe nicht erforderlich, aber es kann ihm als einem Rechtssubjekt nicht verwehrt werden, nachzuweisen, daß es nicht legitimirt worden sei, weil es an der vorausgesetzten natürlichen Kindschaft fehle. Auch die Meinung, daß in der Heirath mit der Mutter außerehelich geborener Kinder die stillschweigende Anerkennung der Letzteren Seitens des nunmehrigen Ehemannes, als von ihm erzeugt, liege, zu deren Entkräftung es alsdann derselben Beweise der unmöglich gewesenen Zeu-

---

8) Pr. 302, vom 26. Juni 1837 (Entsch. Bd. II, S. 292).

9) Cap. 6 X. qui filii sint legitimi (IV, 17).

10) Vergl. Glück, Kommentar, Bd. VII, S. 298 flg.

11) Novelle 89, cap. 11 pr.

gung bedürfe, wie wenn das Kind in der Ehe erzeugt worden wäre [12]) (— von welcher Seite bedürfe: ob von Seiten des Ehemannes oder von der des Kindes? —) hat keinen haltbaren Grund [13]); die Praxis ist entschieden entgegen, sie dringt jedesmal auf eine ausdrückliche Erklärung des Bräutigams über die Vaterschaft [14]). — Der Streit unter den gemeinrechtlichen Juristen: ob adulterini und andere in damnatis amplexibus progeniti auf diesem Wege legitimirt werden können, fällt im preußischen Rechte weg, im Gesetze ist, nachdem die Frage diskutirt worden war, mit Bedacht kein Unterschied zwischen diesen und andern unehelichen Kindern, deren Eltern sich mit Dispensation geehelicht haben, gemacht worden [15]). — Die Legitimation der s. g. Brautkinder durch Anerkenntniß, und der Kinder der unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerten durch das richterliche Urtheil, welches ihr die Rechte einer wirklichen Ehefrau des Schwängerers beilegte, in Folge dessen die Kinder die Rechte der aus einer vollgültigen Ehe haben sollten [16]), ist aufgehoben [17]); daher die verwickelte Geschichte dieser Legitimation kein praktisches Interesse hat.

## §. 86.

### 2. Unvollkommen berechtigende Verwandtschaft.

Die Vollkommenheit der Berechtigung besteht darin, daß die Kinder nicht allein ihre unmittelbare Eltern und diese jene beerben, sondern daß sie überhaupt als in allen Beziehungen vollberechtigte Familienglieder mit gegenseitigen Rechten und Pflichten in das Geschlecht der Eltern eintreten. Daran leiden folgende Kinder irgend einen größern oder geringeren Mangel.

1. Die aus nichtigen oder für nichtig erklärten Ehen entsprossenen Kinder haben ihren Erzeugern und ihren Geschwistern gegenüber alle Rechte der ehelichen; sie treten aber nicht in die Fa-

---

12) Bielitz, Kommentar, Bd. V, S. 570; Witte, a.a.O. S. 13, Note 5.

13) Auch Bornemann sagt im System, Bd. V, §. 381, Nr. 2: „Das Faktum, daß die Kinder von dem Manne, welchen die Mutter nach ihrer Geburt geheirathet hat, wirklich herrühren, muß indessen anderweitig feststehen, und zu diesem Behufe pflegt mit der Heirath ein Anerkenntniß verbunden zu werden." Dieses kann aber gegen die Kinder, welche es bestreiten, nicht beweisen.

14) M. s. die verschiedenen und wiederholten ministeriellen Anweisungen an die Trauungsbeamten im Kommentar zum A. L.R. Note 10 zu §. 596, II, 2.

15) R. v. 28. Februar 1818 (Jahrb. Bd. XI, S. 8); Motive der Ges.-Revis. Pens. XV, S. 148).

16) A. L.R. II, 2, §§. 592, 597.

17) Gesetz vom 24. April 1854, §. 22 (G.S. S. 193).

milie weder des Einen noch des Anderen von beiden Eltern und haben also auf die Erbfolge weder in der aufsteigenden Linie, noch in den Seitenlinien, noch auf die der Abkömmlinge der beiden Eltern aus anderen Verbindungen Anspruch, auch führen sie in der Regel den Namen der Mutter [18]). „Durch diese Vorschriften" — sagt Suarez — „wird die Härte des römischen und kanonischen Rechts gegen die s. g. liberos ex damnato coitu [19]) sehr gemildert. Ich glaube nicht, daß diese Milderung in unserem gegenwärtigen aufgeklärten und sanfteren Zeitalter einer besonderen Vertheidigung bedarf; und bemerke daher nur, daß dieselbe sehr sorgfältig bloß auf das Verhältniß gegen die unmittelbaren Eltern eingeschränkt sei, damit ein Dritter sich nicht beschweren könne, daß durch die gesetzwidrige und unerlaubte Handlung Rechte gegen ihn entstehen, oder er mit Pflichten belastet werde [20])." — Eine Ausnahme machen die Kinder a) aus solchen Ehen, die von Militärpersonen ohne die, in Ansehung ihrer, nach den Gesetzen besonders erforderliche Einwilligung geschlossen worden und wegen dieses Mangels nichtig sind; b) aus Ehen, welche die Gesetze wegen Ungleichheit des Standes verbieten und ohne die erforderliche Dispensation dennoch geschlossen worden und deshalb ebenfalls nichtig sind. Die Kinder aus diesen Ehen haben

18) A. L.R. II, 2, §§. 50—53.

19) Das römische Recht sprach den Kindern aus verdammlichen Ehen alle Statusrechte ab. In der Kaiserzeit neigten jedoch die Kaiser zur Milde. Die Kaiser Marcus und Lucius erließen auf das Dispensationsgesuch einer mit ihrem Mutter-Bruder in der Ehe lebenden Frau folgendes Rescript: Wir werden theils durch die Länge der Zeit, während welcher Du, des Rechts unkundig, Dich in der Ehe mit Deiner Mutter Bruder befunden hast, theils dadurch, daß Du von Deiner Großmutter an denselben verheirathet worden bist, theils durch die Zahl eurer Kinder, bewogen, den Rechtszustand eurer Kinder, welche in der Ehe, die von euch vor vierzig Jahren eingegangen worden ist, erzeugt worden sind, zu bestätigen, ebenso als ob sie in gesetzmäßiger Ehe empfangen gewesen wären. L. 57, §. 1 D. de ritu nuptiarum (XXIII, 2). Justinian war sehr fromm und streng, er verordnet allgemein, daß Jeder, welcher aus verruchten oder blutschänderischen oder verdammten Geschlechtsverbindungen entsprungen sei, nicht einmal ein natürliches (nämlich aus einem Konkubinat entsprossenes — φυσικὸς παῖς) — genannt werden, auch nicht von den Erzeugern ernährt werden und nichts mit diesem Gesetze (de naturalibus liberis) gemein haben solle, und daß er die mildere Konstitution von Konstantin (L. 1 C. de natural. lib. V, 27) aufhebe. Novelle 89, Kap. 15 pr. — Das kanonische Recht (cap. 14 X. qui filii sint legitimi, IV, 17) erklärt ein Kind, dessen Vater die Mutter desselben, welcher es unbekannt war, daß er schon eine Ehefrau habe, zur Ehe genommen, und welche, während sie für seine rechtmäßige Ehefrau galt, ihm dieses Kind geboren hatte, für ein eheliches. (Innocenz III, 1213). Dieser Bestimmung hat sich die gemeinrechtliche Theorie von der putativen Ehe angeschlossen (Koch, successio ab intestato §§. 26, 51, 71 und die in der Note 1 zu §. 26 angef. Schriftsteller; Glück, Intestaterbfolge, S. 596 ff.) und mit derselben stimmen die Vorschriften des Landrechts im Wesentlichen überein.

20) Schlußvorträge, in den Jahrb. XLI, S. 134.

immer nur die Rechte der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand (unten Nr. 2)[21]).

Die Eltern haben gegenseitige Rechte gegen die Kinder, wenn sie unwissentlich die nichtige Ehe geschlossen haben, d. h. in dem redlichen Glauben, daß ihnen kein trennendes Ehehinderniß entgegenstehe (putative Ehe); später eintretende Aufklärung des Irrthums (mala fides superveniens) schadet nicht; haben sie wissentlich die nichtige Ehe geschlossen, so erlangen sie oder derjenige von ihnen, der es wußte, keine elterlichen Rechte über die von ihnen erzeugten Kinder, nur kommen ihnen, insofern sie die Erziehung und Verpflegung der Kinder besorgen, die persönlichen Rechte, welche den Pflegeeltern gesetzlich beigelegt sind, zu[22]). — Hier zeigt sich folgende Erscheinung: Bei einer nichtigen, aber putativen Ehe haben Eltern und Kinder die wechselseitigen Rechte und Pflichten, wie bei einer gültigen Ehe zur rechten Hand. Bei einer Ehe, welche wegen Ungleichheit des Standes der Eheleute nichtig ist, sowie bei der Ehe einer Militärperson, welche wegen Mangels des dazu erforderlichen Konsenses der Militär-Dienstbehörde nichtig ist, sollen die daraus erzeugten Kinder und wohl auch gegenseitig die Eltern die Rechte der Kinder (und Eltern) aus einer Ehe zur linken Hand haben ([21]). Also, darf man fragen, sollen hier die Wirkungen einer putativen Ehe ausgeschlossen sein, wenn einer oder beide Ehegatten in gutem Glauben die Ehe eingegangen sind? Die gleiche Frage ist zu stellen, wenn Personen, welche überhaupt nur eine Ehe zur linken Hand unter sich schließen können, in den Formen und in der Absicht, eine rechte Ehe zu schließen, sich mit einander verheirathen. Z. B. ein fürstlicher Herr wirbt unter Verheimlichung seines Standes und ungekannt um die Hand einer Bürgerstochter und Beide werden unter einem angenommenen Namen oder auch unter einem ihm rechtmäßig zukommenden Nebentitel des Mannes, etwa eines Herrn von Bütow, bürgerlich und kirchlich getraut. Diese Ehe ist als rechte Ehe nichtig wegen der fingirten Ungleichartigkeit der Ehetheile, und als Ehe zur linken Hand ist sie nichtig wegen Mangels der Form. Es ist nicht angezeigt und außerdem nicht anzunehmen, daß hier die unschuldige Frau und die unschuldigen Kinder der Rechte, welche ihnen aus einer putativen Ehe erwachsen, nicht theilhaftig sein sollen. Die Verordnung des §. 56 ([21]) setzt voraus, daß beide Theile das Ehehinderniß kannten.

21) A. L.R. II, 2, §. 56; II, 1, §§. 938, 940.

22) Ebenda II, 2, §§. 54, 55.

2. Kinder aus einer Ehe zur linken Hand treten nur zu ihrer Mutter und deren Verwandten, namentlich zu ihren Geschwistern von Mutterseite, wenn diese aus derselben Ehe oder aus einer anderen Ehe der Mutter entsprossen sind, also nur als Halbgeschwister in das volle Verwandtschaftsverhältniß, sie beerben sich wechselseitig wie bei einer rechten Ehe, führen den Namen der Mutter und haben auch deren Geschlechtsadel, denn sie sollen deren Stand haben und in die Familie derselben eintreten [23]. Nach Crelinger [24] sollen Geschwister aus einer Ehe zur linken Hand den ehelichen Geschwistern gleichstehen und daher mit vollbürtigen Geschwistern in der dritten Klasse erben. Er beweiset dies nicht und das Gesetz sagt: sie treten nicht in die Familie des Vaters [25], es besteht also zwischen Vater und Kindern kein vollkommenes Familienverhältniß, sie können mithin auch kein Mitglied der Familie des Vaters beerben. Das würde geschehen können, wenn z. B. ein Kind des Vaters aus rechter Ehe von Seitenverwandten zu beerben wäre. Denn wären die Kinder aus der ungleichen Ehe vollbürtige Geschwister, so müßten sie auch bürgerlich anerkannte Halbgeschwister der Kinder des Vaters aus einer standesmäßigen, rechten Ehe sein, was eben nicht der Fall ist, weil sie nicht zu seiner Familie gehören.

Das erbrechtliche Verhältniß zwischen Vater und Kindern steht so, daß der Vater und dessen Verwandte die Kinder gar nicht beerben [26]. Die Kinder haben, wenn der Vater Abkömmlinge aus einer Ehe zur rechten Hand hinterläßt, gar kein Erbrecht in dessen Nachlaß. Stirbt er ohne solche Abkömmlinge, so erhalten sie, wenn deren nur drei oder weniger vorhanden sind, den dritten Theil; und wenn ihrer mehr als drei sind, die Hälfte der Erbschaft und theilen sich darein nach Köpfen oder, wenn deren schon mit Hinterlassung von erbfähigen Abkömmlingen verstorben sind, nach Linien. Diese Portion hat die Natur eines Legats, denn es steht ihnen in Beziehung auf den übrigen Theil der Erbschaft kein Akkreszenzrecht zu. Hinterläßt aber der Vater keine rechtmäßige Ehefrau und keine Verwandten innerhalb des sechsten Grades, so sind die Kinder zur linken Hand wahre Universalerben ihres Vaters. Einen Pflichttheil haben sie in keinem Falle zu fordern [27].

23) A. L.R. II, 2, §§. 559, 563—565, 587 u. 589. Vergl. II, 3, §§. 6 u. 8, u. Witte, a. a. O. S. 20, Nr. 3.

24) Erbrecht, §. 28, Nr. 2.

25) A. L.R. a. a. O. §. 558.

26) Ebenda §. 588.

27) Ebenda §§. 579—581, 584, 585.

Zwischen Halbgeschwistern von väterlicher und mütterlicher Seite ist der Regel nach kein Unterschied [28]. Witte [29]) setzt mit Beziehung auf diesen Grundsatz den Fall: Ein Mann, welcher aus einer vorigen rechten Ehe ein Kind hat, heirathet eine Wittwe zur rechten Hand mit einem Kinde aus einer Ehe zur linken Hand. Es werden also zwei Kinder in die neue rechte Ehe zusammengebracht, welche beide als ehelich Geborene gelten. Die Frau gebiert dem Manne in dieser Ehe ein drittes Kind. Alle drei Kinder sind Halbgeschwister, theils von väterlicher, theils von mütterlicher Seite. Witte folgert aus jenem Grundsatze: das in der zweiten Ehe geborene Kind müßte von seinen beiden Halbgeschwistern gleichmäßig beerbt werden; er ist jedoch zweifelhaft, weil diesem Resultate einigermaßen die Analogie des §. 8, Tit. 3 widerspreche und es nicht unzweifelhaft scheine, ob die Gesetzgebung das Resultat wirklich gewollt habe. Eine Entscheidung fället er nicht. Mir erscheint der Zweifelsgrund nicht triftig. Der §. 8 sagt nämlich: „Uneheliche Kinder befinden sich mit denjenigen, welche die Mutter in der mit einem anderen Vater geschlossenen Ehe erzeugt, in keiner dergleichen Verbindung (in keinem bürgerlichen Familienverhältnisse).“ Das Kind der Frau aus ihrer ersten Ehe zur linken Hand ist kein uneheliches, folglich paßt die Bestimmung nicht auf jenen Fall.

Als selbstverständlich ist noch zu bemerken, daß, wenn die in eine Ehe zur linken Hand tretenden Personen schon Kinder außerehelich gezeugt haben, diese Kinder durch die Eheschließung so legitimirt werden, als wenn sie in derselben geboren wären.

3. Die durch Hofreskript legitimirten unehelichen Kinder. Diese Legitimationsart ist von Justinian unter zwei Voraussetzungen eingeführt, nämlich daß der Legitimirende ohne eheleibliche Nachkommen sei, und daß derselbe eine Ehe mit der Mutter des Kindes nicht eingehen könne, weil sie vielleicht verstorben oder anderweit verheirathet war [30]); auch sollte nur der Vater, nicht auch die Mutter und das Kind darauf antragen können. In Deutschland hat man sich an diese Bedingungen nicht gebunden, die Landesherren haben nach Gutbefinden diesen Gnadenakt — etwas anderes ist diese Legitimation nicht — vollzogen, ohne Rücksicht darauf: ob die Ehe mit der Mutter thunlich sei oder nicht, und ob eheliche Kin-

---

28) Ebenda II, 3, §. 43.

29) Erbrecht, §. 5, Nr. 3, S. 20.

30) Novelle 74, Kap. 1 u. 2; Novelle 89, Kap. 9.

der oder keine vorhanden [31]). — Die Wirkung dieser Legitimation bestand nach römischem Rechte darin, daß der Legitimirte aller Rechte eines Ehelichgeborenen theilhaftig wurde. Unter den deutschen Rechtsgelehrten besteht jedoch Meinungsverschiedenheit zuerst darüber: ob die schon vorhandenen legitimen Kinder durch dergleichen Legitimation in ihren Familien- und Erbrechten beeinträchtigt werden können. Unter den hierüber vorhandenen verschiedenen Meinungen geht die eine dahin, daß die bereits vorhandenen ehelichen Kinder durch eine solche Vermehrung der Anzahl der Kinder an ihrem Pflichttheile nicht verkürzt werden dürften [32]). Diese Meinung ist hier hervorzuheben, weil sie zur Erklärung des Landrechts dient. Man hat bei diesem Streit die Frage gestellt: ob sich die Gewalt des Regenten soweit erstrecke, uneheliche Kinder auf des Vaters Verlangen völlig und ad effectum successionis zu legitimiren, ungeachtet eheliche Kinder vorhanden sind. Für die Bejahung hat man geltend gemacht, erstens, es sei außer allem Zweifel, daß ein Regent heutiges Tages uneheliche Kinder legitimiren könne, es mögen eheliche Kinder vorhanden sein, oder nicht; zweitens hätten eheliche Kinder eigentlich nur auf den Pflichttheil ein jus quaesitum: dieser dürfe ihnen weder entzogen noch geschmälert werden; das übrige Vermögen könne der Vater zuwenden, wem er wolle, es lasse sich also nach heutigem Rechte der Satz wohl rechtfertigen: „his (sc. liberis legitimis) vero extantibus non succedunt legitimati per rescriptum, nisi pater id voluerit, et princeps diserte jusserit, modo liberis jam natis legitima salva maneat [33]).“ Sodann wird von einer Seite behauptet, daß, wenn ein uneheliches Kind, auf Begehren seines Vaters, durch Legitimation per rescriptum die mit der ehelichen Geburt verknüpften Successionsrechte erhalten hat, demselben hierdurch heutzutage [34]) nicht auch zugleich ein Erbrecht auf den Nachlaß der väterlichen Verwandten beigelegt werde, wenn nämlich dieselben nicht darin, daß der Legitimirte auch ihnen succediren solle, ausdrücklich gewilliget hätten. Denn man beurtheile heutiges Tages diese Legitimation bloß nach den Grundsätzen von Privilegien, welche streng zu erklären seien, und nicht zum Nachtheil eines Dritten, folglich auch hier nicht zum Nachtheil der väterlichen Verwandten, welche

31) Stryk, Usus mod. L. I, tit. 6, §§. 15 sqq. — Glück, Kommentar, Bd. VII, S. 311 und die dort Note 64—66 angeführten Schriftsteller.

32) Eichmann, Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III, S. 250. — Hofacker, Principia juris, Tom. I, §. 597, Note e.

33) Glück a. a. O. S. 318—321; Hellfeld, Jurisprud. forensis §. 144.

34) Die Novelle 89, Kap. 8 pr., Kap. 9 §. 1 u. Kap. 11 in fine verordnet das Gegentheil.

in die Legitimation nicht gewilliget haben, erklärt werden dürften[35]). Auch diese Meinung ist uns dienlich.

Das Landrecht hat sich diesen Meinungen angeschlossen und bestimmt:

a) Der Vater kann auf die Legitimation des unehelich oder in einer Ehe zur linken Hand erzeugten Kindes bei Hofe, d. h. bei dem Justizminister antragen[36]); daß dieses auch Mutter oder Kind thun könnten, wird nicht gesagt und kann auch nicht gestattet werden, weil ja der Vater das Kind anerkennen muß und kein anderer als er selbst demselben irgend welche Erbrechte in seinen Nachlaß zuwenden kann, wogegen es der Einwilligung der Mutter, gegen welche das Kind ipso jure Erbrechte hat, nicht bedarf.

b) Durch diese Legitimation erhält das Kind den Stand, also auch den Adelsstand und den Namen des Vaters und in Ansehung seiner alle Rechte und Pflichten eines ehelichen Kindes, Beide beerben sich also gegenseitig und sind sich den Pflichttheil schuldig[37]).

c) Es tritt aber dadurch nicht in die Familie des Vaters; soll dies geschehen, so ist dazu ein Familienvertrag erforderlich[38]). Dies ist die Form, in welcher der Konsens der Verwandten, welcher nach der hervorgehobenen Meinung, der das Landrecht sich angeschlossen hat, erforderlich ist, ertheilt werden muß. Ein einfacher Konsens zur beabsichtigten Legitimation, der etwa von dem Vater eingeholt und seinem Gesuche, wenn auch in beglaubigter Form, beigelegt würde, ist nicht ausreichend. Dieser Modus ist bei der Abfassung des Landrechts in Erwägung gekommen, augenscheinlich unter dem Einflusse jener Schriftsteller. Grolmann meinte: „Sollte es nicht hinlänglich sein, wenn die nächsten Verwandten, z. E. die Geschwister des Legitimirenden, in die Legitimation willigten? Die Einwilligung einer ganzen Familie ist gar zu schwer und öfters unmöglich zu bewirken. Nach der Moral muß Jedermann das Böse, was er gestiftet hat, wieder gut machen. — Ist es recht, wenn ihm die Erfüllung dieser Schuldigkeit erschwert wird? — Hiergegen gelten

---

35) L. B. a Wernher, Select. Observat. for. Tom. IV, P. VI, Obs. 138: „Legitimatio, principis rescripto, aut per comitem Palatinum facta, jus succedendi non aliter tribuit, quam si is, cui fit successio, consenserit. Ita ordo noster mense Juli 1720.“ — Leyser, Med. ad Pand., Sp. 19, Coroll. 3. — Biener, Diss. varias jur. civ. quaestiones tract. (Lips. 1797) qu. 3. — Glück a. a. O. S. 337 u. m. A.

36) II, 2, §. 601 u. 609.

37) II, 2, §. 603. — R. vom 12. Juni 1832 (Ergänz. z. A. L.R. zum §. 603 alleg.)

38) Ebenda §§. 604, 605, u. 610, 611.

keine Rücksichten auf Adel und Familienverbindungen. In den Augen des Allmächtigen sind alle Menschen gleich. Wenigstens wird in Ansehung derjenigen, welche konsentirt haben, der legitimatus pro legitimo zu achten sein, wenngleich einige Stolze oder Eigennützige aus der Familie widersprechen." — Suarez erwiderte aber: „Wenn nun die Familie gewisse Rechte ex pacto et providentia majorum hat, kann ihr dann ein Fremder, den der Institutor nicht mit vozirte, aufgedrungen werden? Eben so mit der Succession. Von Adelstolz ist hier gar nicht die Rede. Es gilt auch den bürgerlichen Familien. Mehreren Schein hat es für sich, daß der Legitimatus wenigstens in Ansehung der Konsentirenden, wenn es auch nicht alle wären, jura familiae erhalten müsse[39]." Die Einwendungen Suarez' gehen nicht tief genug. Von der Einschiebung eines Fremden in das Familienverhältniß kann man nicht sprechen, es handelt sich von einem natürlichen Sprößling eines anerkannten Familiengliedes. Hätte dieses mit der Mutter des Abkömmlings eine rechte Ehe geschlossen, so wäre doch nach dem Konsense jener Verwandten gar nicht gefragt worden. Hat nun das Gesetz ein Surrogat der Eheschließung eingeführt, kraft dessen die Wirkungen einer rechten Ehe für die Abkömmlinge hergestellt werden könnten, so müßte nach dem Gesetze der Logik der Konsens jener Verwandten zur Anwendung des Surrogats eben so wenig erforderlich sein, wie zur Eingehung einer rechten Ehe. Die Bedenken Suarez' treffen daher das Institut der Justinian'schen Legitimation durch landesherrliche Machtvollkommenheit, und hiergegen läßt sich vom Standpunkte des organischen Privatrechts wohl viel sagen. Das Landrecht hat aber dasselbe aufgenommen.

d) Zwischen den ehelichen Kindern des Legitimirenden und dem Legitimirten selbst entsteht das Verhältniß, wie zwischen ehelichen Halbgeschwistern von Einem Vater[40]. Das bedeutet: die ehelichen Kinder des Legitimirenden, die selbstverständlich von einer anderen Mutter sind, da sonst das uneheliche Kind per subsequens matrimonium legitimirt sein würde, brauchen nicht zu konsentiren, um mit dem Legitimirten in ein Familienverhältniß zu treten; dieses geschieht durch die Legitimation ipso jure. Diese Bestimmung war nach dem vorausgeschickten Grundsatze, daß der Legitimirte durch die Legitimation nicht in die Familie des Legitimirenden trete, noth-

39) Motive der Gesetz-Revis. Pensum XV, S. 161.

40) A. L.R. a. a. O. §. 606.

wendig; diese Ausnahme ist eigentlich die vorhin als nothwendige logische Konsequenz angedeutete Regel, der Konsens und der Familienvertrag ist eine positive Ausnahme. — Daß mehrere uneheliche Kinder von derselben Mutter, welche derselbe Vater durch Hofreskript hat legitimiren lassen, vollbürtige Geschwister sind, ist selbstverständlich; Halbgeschwister von mütterlicher Seite waren sie schon vorher[41]); nun hat sie auch der Vater von seiner Seite dazu gemacht.

e) Bei Berechnung des Pflichttheils der ehelichen Descendenten, welche der Vater schon hatte, als er das uneheliche Kind legitimiren ließ, wird das legitimirte Kind nicht mitgezählt[42]). Auch diese Bestimmung ist der Ausdruck der vorhin vorgetragenen Meinung ([33]); sie beruhet auf demselben Grundsatze, nach welchem enterbte und erbentsagende Kinder bei Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder umgekehrt nicht ungezählt, im Gegentheil mitgezählt werden müssen, nämlich weil die willkürliche Handlung des Vaters, dort die Enterbung (unfreiwillige und freiwillige), hier die Legitimation, als eine res inter alios gesta einen verkürzenden Einfluß auf das Recht Anderer nicht haben dürfe. Allein wenn dieser Satz hier eine Wahrheit wäre, so muß doch gefragt werden, warum er nicht wahr sei, wenn der Vater, welcher aus einer früheren Ehe ein Kind hat, wieder heirathet. Dies ist in Beziehung auf das Kind erster Ehe ebenfalls eine res inter alios gesta, wenn hier überhaupt von einer res die Rede sein kann. Wenn nun dem Vater in der neuen Ehe vier Kinder geboren werden und er das Kind erster Ehe auf den Pflichttheil setzt, wird es denn einem Menschen einfallen zu behaupten, daß bei Berechnung dieses Pflichttheils die vier Kinder zweiter Ehe nicht mitgezählt werden dürfen? Und doch ist das Kind erster Ehe in Folge der Eheschließung des Vaters an seinen Pflichttheilsrechten außerordentlich verkürzt, indem es ohne dieselbe Ein Drittel des ganzen Nachlasses als Pflichttheil hätte erhalten müssen, während ihm jetzt zwei Drittel von nur Einem Fünftel des Nachlasses zukommen. Worin liegt das? Es liegt darin, daß jener Satz hier so wenig wie bei der Enterbung, nach organischen Rechtsgesetzen und abgesehen von positiven Gesetzesvorschriften, gilt, er gehört in das Sachen- und Obligationen-Recht, nicht in das Familien- und Erbrecht, hier giebt es keine res als unmittelbaren Gegenstand einer gestio, res ist objectum omne juris exercendi praeter personas. Die Anhänger jener Meinung ([33]) halten den künftigen

41) II, 3, §. 6.

42) Ebenda Tit. 2, §§. 607, 610.

Pflichttheil eines präsumtiven Erben für ein gegenwärtiges, in bonis befindliches Vermögensrecht, für ein „jus quaesitum", wie sie sagen, während es gar kein Vermögensrecht ist, sondern eine persönliche Eigenschaft, die der Person vielleicht niemals einen Vermögensvortheil einbringt. Mit Hülfe dieser fehlgehenden Auffassung des Begriffs von Erbrecht ist jener Satz in das Erbrecht eingeschmuggelt und in die Gesetzgebung übergegangen, aber wieder mit einer ganz willkürlichen Einschränkung auf den einzelnen Fall der Legitimation, so daß er auch in dieser Hinsicht außerhalb jedes organischen Zusammenhanges steht. Wir haben es nun aber mit einer positiven Gesetzesvorschrift zu thun und deren Anwendbarkeit festzustellen. Aus dem Gesagten und auch dem Wortlaute der Vorschrift erhellet, daß nur dasjenige Kind, welches zur Zeit der Legitimation schon vorhanden war, die Nichtmitzählung des legitimirten Kindes verlangen kann, daß aber so wenig der Legitimirte als ein erst nach der Legitimation geborenes eheliches Kind ein Recht hat, die Anwendung dieser Regel zu fordern, mag sie in ihrem Interesse liegen oder nicht. Wäre also in dem Falle, wo ein Kind erster Ehe, ein nach dessen Geburt legitimirtes Kind und drei nachgeborene Kinder vorhanden, auch eins der drei Kinder zweiter Ehe auf den Pflichttheil gesetzt, und das Kind erster Ehe machte von seinem Rechte Gebrauch, so würde dieses die Hälfte eines Viertheils, also ein Achtel des ganzen Nachlasses, jenes Kind aus zweiter Ehe aber zwei Drittel von einem Fünftel des ganzen Nachlasses, also zwei Funfzehntel als Pflichttheil erhalten. Das zweite würde also besser stehen als das erste; das zweite hat aber kein Recht, diese Berechnung zu fordern und das erste ist nicht verpflichtet sondern nur berechtigt, die Regel zur Anwendung zu bringen. Davon würde es auch Vortheil haben in dem Falle, wenn nur zwei Kinder aus zweiter Ehe, wovon eins auf den Pflichttheil gesetzt worden, vorhanden wären. Dann würde das erste, den Legitimirten nicht mitgezählt, die Hälfte eines Drittels, d. i. ein Sechstel, das andere, den Legitimirten mitgezählt, die Hälfte eines Viertels, also ein Achtel des ganzen Nachlasses als Pflichttheil erhalten.

4. Unehelich geborene, nicht auf eine der vorhin gedachten Weisen (Nr. 1 u. 3) legitimirte Kinder stehen nur zur Mutter, nicht zu Verwandten derselben [42a]), mit Ausnahme anderer unehelicher Kinder derselben, in einem gegenseitigen bürger-

---

42a) Ebenda §. 660.

lichen Verwandtschaftsverhältniß und beerben sich also, auch in den weiteren Graden der absteigenden Linie, gegenseitig[43]; mehrere uneheliche Kinder derselben Mutter gelten vor dem bürgerlichen Gesetze in allen Beziehungen als Halbgeschwister, wenn sie auch nicht einen gemeinschaftlichen Vater haben[44]; aber mit den ehelichen Kindern ihrer Mutter stehen sie nicht in einem bürgerlichen Verwandtschaftsverhältnisse[45]. Von der Regel, daß das uneheliche Kind auf den Nachlaß der Mutter ein gleiches gesetzliches Erbrecht mit den ehelichen Kindern hat[46], ist doch wieder eine Ausnahme gemacht bei der Niftel. Hier heißt es: „Eheliche Töchter schließen die unehelichen, sowie diese alle weitern Verwandtinnen aus[47].“

Zwischen dem Vater und dessen unehelichem Kinde besteht gar kein gegenseitiges Erbrecht[48]. Nur dem Kinde ist ein sehr beschränktes Erbrecht in den Nachlaß des ohne eheliche Descendenz verstorbenen Vaters eingeräumt, wenn es von ihm in einer öffentlichen Urkunde freiwillig anerkannt, oder dem Kinde durch ein rechtskräftiges Urtel noch bei Lebzeiten des Vaters ein Erbrecht in dessen Nachlaß vorbehalten worden ist[49]. Auch in diesem Falle stehen sie zur Familie des Vaters in keiner Beziehung.

Dieses Recht ist neu, ohne Geschichte. Es steht gewissermaßen in der Mitte zwischen dem römischen Rechte und den germanischen Rechtsansichten. Von dem römischen Rechte weicht es wesentlich darin ab, daß es das Prinzip verlassen hat, wonach die natürliche Blutsverwandtschaft im Verhältniß zur Mutter und deren Verwandten ein vollgültiger Grund zur gegenseitigen Beerbung ist. „Proconsul — omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant. Itaque etiam vulgo quaesiti liberi matris, et mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se, — bonorum possessionem petere possunt: quia sunt invicem sibi cognati. Usque adeo ut praegnans quoque manumissa si peperit, et is

43) Ebenda §§. 639, 640, 656, 659—661. — Pr. des Obertr. 2273, vom 19. Febr. 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 307).

44) II, 3, §. 6.

45) Ebenda §. 8.

46) A. L.R. II, 2, §. 656.

47) Ebenda II, 1, §. 511.

48) Ebenda §§. 651, 658.

49) Ebenda §§. 652, 654. — Ges. v. 24. April 1854, §§. 19 u. 13; Ein Anerkenntniß vor dem Parochus, daß der Erblasser Vater des unehelichen Täuflings sei, genügt nicht. Erk. des Obertribunals vom 30. Juni 1862 (Entsch. Bd. XLVII, S. 302).

qui natus est matri, et mater ipsi, et inter se quoque et qui nascuntur, cognati sint[50])." Von der anderen Seite ist der deutsche Rechtssatz, welcher den Unehelichen alles Erbrecht absprach, und der später milder gewordene Grundsatz, daß das Erbrecht des Unehelichen nicht über die Mutter hinausging[51]), aufgegeben. Mevius beschränkt jedoch diese Erbunfähigkeit nur auf uneheliche Kinder einer adeligen Mutter, welche zugleich legitime Kinder hinterläßt, durch welche die Unehelichen gänzlich ausgeschlossen sein sollen; bei andern Müttern läßt er die Grundsätze des römischen Rechts dergestalt eintreten, daß auch die mütterlichen Verwandten beerbt werden[52]).

## §. 87.

### 3. Fingirte Verwandtschaft.

Eine fingirte oder, wie man sie auch nennt, künstliche Verwandtschaft, wird hergestellt durch Adoption und Einkindschaft.

I. Durch die Adoption wird die angeborene Agnation des Adoptirten nicht zerstört, der Adoptirte bleibt ein Mitglied der Familie, in welcher er geboren ist, gleich als ob keine Adoption vorgefallen wäre[1]). Der Adoptirte erwirbt aber auch in Ansehung des Adoptirenden nur sehr unvollkommene Familien- und Erbrechte.

1. Der Adoptirte tritt, sammt seinen bereits vorhandenen und nachher geboren werdenden, in Beziehung auf ihn erbfähigen[2]) Abkömmlingen, gegen die Adoptiveltern in eben das Verhältniß, wie Blutsverwandte in absteigender gegen die in aufsteigender Linie[3]). Damit scheint also dem Adoptirten und seinen Abkömmlingen auch ein Verwandtschaftsverhältniß und Erbrecht gegen die Ascendenten der Adoptiveltern eingeräumt zu sein. Das wäre auffallend, da doch sonst keinem Menschen durch die willkürliche Handlung eines Anderen ein Erbe besorgt werden kann. Das soll, so scheint es, hier jedoch geschehen können, ohne die Einwilligung der Ascendenten; denn es ist verordnet: „Die Einwilligung der Eltern des Annehmenden ist, der Regel nach, erforderlich. — Doch wirkt

50) L. 2 D. unde cognati (XXXVIII, 8). Vergl. L. 4, L. 8 D. eodem.

51) Mittermaier, Grundsätze (5. A.), §. 435, No. II.

52) Commentar. ad jus Lub., P. II, tit. 2, Art. 9, Nr. 30—32.

1) A. L.R. II, 2, §§. 702, 711 u. 712. — L. 1, §. 4 D. unde cognati (XXXVIII, 8).

2) Doch wird ein nach der Adoption von der Adoptivtochter außerehelich geborenes Kind die Adoptiveltern so wenig wie die leiblichen Eltern der Mutter beerben.

3) A. L.R. II, 2, §. 707.

der Abgang dieser Einwilligung nur soviel, daß den Eltern ihr Recht auf den Pflichttheil von dem Nachlasse des Annehmenden, bei dessen künftigem Ableben, vorbehalten bleibt[4]." Also nur soviel. Der Mangel der Einwilligung wirkt sonach nicht die Ausschließung des Adoptirten von der großelterlichen Verlassenschaft in dem Falle, wenn der Adoptivvater oder die Adoptivmutter vor ihren Eltern verstorben sind. Dieses scheint bestätigt zu werden durch eine fernere Bestimmung. Nachdem nämlich gesagt worden, daß durch die Adoption der Adoptirte und seine Abkömmlinge gegen die annehmenden Eltern in eben das Verhältniß, wie Blutsverwandte in absteigender gegen die in aufsteigender Linie treten (3), heißt es weiter: „Uebrigens aber entsteht zwischen dem angenommenen Kinde und der Familie des Annehmenden durch die Adoption gar keine Verbindung. — Soll durch die Adoption eine Familienverbindung bewirkt werden: so muß dieses durch einen besonderen Familienvertrag geschehen[5]." Dennoch ist nicht anzunehmen, daß ein Adoptirter, zu dessen Adoption der Vater des Adoptirenden nicht eingewilliget und solchergestalt ihn nicht zugleich als seinen Enkel angenommen hat, die Seitenverwandten, z. B. den Bruder des Vaters, von dessen Verlassenschaft ausschließen, oder mit dessen übrigen Kindern (den Geschwistern des Adoptirenden) konkurriren könne, falls der Adoptirende vor seinem Vater verstorben. Hiergegen ist der oben bezeichnete Grundsatz von der Agnation oder Bestellung eines Erben ganz allein entscheidend; es lassen sich aber auch die Bestimmungen, welche entgegenzustehen scheinen, als nicht widersprechend auffassen. In der Bestimmung: durch die Adoption treten auch die — Abkömmlinge des angenommenen Kindes gegen die annehmenden Eltern in eben das Verhältniß, wie Blutsverwandte in absteigender gegen die in aufsteigender Linie (3), ist der Ausdruck: „wie Blutsverwandte in absteigender gegen die in aufsteigender Linie", auf die Abkömmlinge des Adoptirten als die gemeinte absteigende Linie zu beziehen; die aufsteigende Linie ist durch die Worte: „gegen die annehmenden Eltern" begrenzt. Bei der anderen Stelle (4), wonach „der Abgang der Einwilligung der Eltern nur soviel wirkt, daß ihnen ihr Pflichttheil von dem Nachlasse des Adoptirenden vorbehalten bleibt", hat man als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Unmöglichkeit ihrer Beerbung durch den Adoptirten nicht in Frage gestellt werden könne,

4) Ebenda §. 673.

5) Ebenda §§. 708, 710.

da dieser ja nicht ihr fingirter Enkel geworden, als welches nur durch eine Adoption von ihrer Seite hätte bewirkt werden können.

2. Der Adoptirte hat mit den nachträglich [6]) erzeugten ehelichen Kindern des Adoptirenden ein gleiches Erbrecht in den Nachlaß desselben und auch den Pflichttheil daraus zu fordern [7]); zwischen ihm und solchen Nachgeborenen besteht jedoch kein Verwandtschaftsverhältniß, namentlich auch nicht das Verhältniß der Halbgeschwister. Dies ist der Sinn der Bestimmung: „Auch mit leiblichen Kindern, die der Annehmende nach der Adoption etwa noch erzeugt hat, kommen dem Angenommenen, in Ansehung seiner (nämlich des Annehmenden), gleiche Rechte zu [8]).“ Hier entsteht die Frage: was Rechtens sei, wenn der Adoptirende eheliche Descendenz hatte, diese aber verschollen, auch für todt erklärt worden war und demnächst wieder zum Vorschein kam? Dann wird nach der Analogie der Legitimation durch Hofreskript in dem Falle, wo der Legitimirende schon legitime Kinder hatte (§. 86, Nr. 3, lit. e), zu verfahren sein. Annullirt kann die Adoption nicht werden.

3. Ein Verhältniß als Geschwister zwischen dem Adoptirten und eine Familienverbindung mit den Verwandten des Adoptirenden kann durch einen besonderen Familienvertrag hergestellt werden [9]).

4. Der Adoptirende erlangt gar kein Erbrecht in das Vermögen des Adoptirten und dessen Nachkommen [10]).

5. Das Erbrecht, welches dem Adoptirten in der Familie, in welcher er geboren worden, gebührt, wird durch die Adoption nicht verändert, kann aber durch Entsagung aufgegeben werden [11]). Dergleichen Entsagungsvertrag muß der Adoptirte mit seinen leiblichen Eltern schließen. Soll ihm dadurch auch der Pflichttheil ganz entzogen werden, so muß er großjährig und, falls er noch nicht adoptirt und dadurch aus der väterlichen Gewalt des leiblichen Vaters entlassen ist, dieser Gewalt besonders entlassen sein; auch muß der Vertrag vor den ordentlichen persönlichen Gerichten der Parteien geschlossen werden, widrigenfalls er nichtig ist. Nach der Regel sollte dies auch

6) Bei schon vorhandener ehelicher Descendenz ist die Adoption nicht zulässig, eine Konkurrenz derselben mit dem Adoptirten, wie sie z. B. bei der Legitimation möglich ist, kann also nicht vorkommen, selbst dann nicht, wenn die schon vorhandenen Kinder verschollen, doch nicht für todt erklärt worden sind. §. 671 a. a. O. — Motive der Ges.-Revis., Pens. XV, S. 219.

7) A. L.R. II, 2, §§. 691, 692.

8) Ebenda §. 693. Vergl. §. 709.

9) Ebenda §§. 709, 710. Vergl. I, 18, §§. 365—369.

10) II, 2, §. 694.

11) Ebenda §§. 711, 703, 705.

bei Verträgen, wodurch der Pflichttheil nur verkürzt oder belastet wird, gelten[12]).

II. Ueber die rechtliche Natur der Einkindschaft und über das allgemeine Prinzip, von welchem das Institut beherrscht wird, sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Einige halten die Einkindschaft für eine eigenthümlich deutsche Adoption, Andere für einen Erbvertrag, noch Andere weder für einen Erbvertrag, noch für eine eigenthümlich deutsche Adoption, sondern das allgemeine Prinzip, welches das Institut beherrsche, sei, „daß zwischen den Kindern und ihrem Stiefparens ein solches Verhältniß begründet werde, wie es zwischen Kindern und ihren natürlichen Eltern bestehe“[13]). Albrecht drückt dieselbe Ansicht so aus: „Das Prinzip der Einkindschaft liegt in der Fiktion, daß die Vorkinder erst in der zweiten Ehe erzeugt sind. Soll nun eine Fiktion dieser Art durch Vertrag begründet werden, so ist es natürlich, daß die beiden Ehegatten die eigentlichen Urheber des Vertrages seien, indem die fingirte Erzeugung die wirkliche nachahmen muß[14]).“ — Wie das Institut nach dem Landrechte aufzufassen sei, muß aus den einzelnen Bestimmungen erkannt werden. Witte meint: „es ist nicht sowohl eine fingirte Verwandtschaft, als ein Erbvertrag, dessen Natur in der preußisch rechtlichen Einkindschaft besonders vorwaltet, auf welchen jene Succession sich stützt[15]). Das vorherrschende Prinzip soll also das des Vertrages sein. Dafür kann man sich allerdings auf die von ihm angeführten Stellen berufen, auf welche ich ebenfalls früher ein vertragsmäßiges wechselseitiges Erbrecht zwischen den Eheleuten einerseits, und allen ihren (Stief- und leiblichen) Kindern andererseits hergeleitet habe[16]), und ohne Zweifel haben dabei die Verfasser an ein vertragsmäßiges Erbrecht gedacht. Die Stellen lauten: „Die durch den Vertrag begründete Erbfolge kann der eine Theil, zum Schaden des Anderen, durch letztwillige Verfügungen nicht aufheben. — Eltern können also nur über dasjenige Vermögen, was bei der Einkindschaft etwa ausdrücklich vorbehalten worden, und Kinder nur über das, was nach §. 736 in die Einkindschaft nicht gekommen ist, letztwillig verordnen[17]).“

12) Ebenda §. 706 verbunden mit §. 484. Warum hier diese Vorschriften nicht auch dann, wenn das Kind in seinem Pflichttheile nur verkürzt oder belastet werden soll, anwendbar sein sollten, ist nicht findbar.

13) Beseler, Erbverträge, Th. II, Bd. 2, S. 179.

14) Richter u. Schneider, kritische Jahrbücher, Bd. XI, S. 346.

15) Preußisches Intestaterbrecht, §. 6, S. 23.

16) Anm. 4 zu §. 720 des A. L.R. a. a. O., u. Anm. 17, zu §. 747.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 747, 748.

Darauf hat denn auch das Obertribunal den durch ein Präjudiz festgestellten Grundsatz gestützt: „Bei vorhandenem Einkindschaftsvertrage ist der Stiefvater (resp. Mutter) nicht berechtigt, das gesetzliche Erbtheil der Vorkinder auf den Pflichttheil zu beschränken [18].“ Dieser Satz enthält schon in sich selbst einen Widerspruch: ein „gesetzliches Erbtheil“ ist kein vertragsmäßiges; der Satz wird auch durch das Gesetz nicht gerechtfertigt, dieses spricht nur von der Aufhebung der Erbfolge, nicht von der Entziehung eines vertragsmäßigen Erbtheils. Schon damals ([16]) habe ich gegen den Satz gesagt: „Eigentlich ist dies unjuristisch. Denn durch den Vertrag begründet ist weiter nichts, als die Gleichberechtigung der Stiefkinder mit den leiblichen Kindern nach den Regeln der Intestaterbfolge. §§. 734 u. 740. Daher können die Stiefkinder kein besseres Recht haben, als sie haben würden, wenn sie die leiblichen Kinder des Erblassers wären. — Der §. 747 bestimmt auch nur, daß die Gleichberechtigung nicht aufgehoben werden könne, d. h. daß das Erbrecht gegen den Willen des Erblassers (die Pflichttheilsberechtigung, successio contra tabulas) nicht willkürlich genommen werden könne. Mehr enthält die Bestimmung nicht.“ Diese Meinung halte ich aufrecht. Die Einkindschaft ist ein Vertrag von derselben Art, wie der Adoptionsvertrag; aus dem Begriff des Vertrages ist dessen Natur nicht zu bestimmen, darüber entscheidet der Gegenstand. Der §. 747 ([17]) sagt nichts über den Gegenstand der Einkindschaft, darüber spricht eine andere Stelle:

> „Die Absicht der Einkindschaft ist, daß zwischen den Stiefeltern und Stiefkindern die persönlichen Rechte und Pflichten, wie zwischen leiblichen Eltern und Kindern, ingleichen wechselseitige Successionsrechte, hervorgebracht werden sollen [19].“

Unmittelbarer Gegenstand ist also nur die Begründung des persönlichen Verwandtschaftsverhältnisses, die wechselseitigen Successionsrechte sind die Folge davon. Diese Bestimmung geht von der kurz vorher ausgesprochenen Voraussetzung aus: „Zwischen Stiefeltern und Stiefkindern bestehen keine Familienverhältnisse. — Doch können solche Verhältnisse in gewisser Maße durch Einkindschaft geschlossen werden [20].“ Damit ist der unmittelbare Gegenstand des Vertrages präcise bestimmt, und die unmittelbare Wirkung besteht darin, daß

18) Pr. 126, vom 24. Oktober 1836 (Entsch. Bd. II, S. 39).
19) A. L.R. a. a. O. §. 720.
20) Ebenda §§. 717, 718.

der Stiefvater oder die Stiefmutter über die Person der zugebrachten Kinder alle Rechte leiblicher Eltern erlangen [20a]). Hierzu paßt es, daß als Hauptkontrahenten die Eheleute bezeichnet werden [21]). Die Kinder werden nur als Einwilligende beigezogen [22]). Wäre die Einkindschaft ein wechselseitiger Erbvertrag, so müßten die Kinder gleichfalls als Hauptkontrahenten auftreten und auch ihrerseits den Stiefvater oder die Stiefmutter zu ihren Erben einsetzen. Dergleichen ist nicht erforderlich. Was aber den Ausschlag giebt, ist die Eigenthümlichkeit, daß der Stiefparens die Vorkinder so gut wie seine leiblichen Kinder enterben kann, und umgekehrt die Vorkinder den Stiefparens [23]). Davon ist bei Erbverträgen gar keine Rede. Warum? Weil das Enterbungsrecht sich auf Verletzungen des persönlichen Familien- und Verwandtschaftsverhältnisses zwischen Erblasser und Erben gründet, wovon bei Erbverträgen als solchen keine Spur zu finden ist. Das Resultat dieser Erwägungen ist daher: das Erbrecht aus der Einkindschaft ist ein Intestaterbrecht auf Grund einer fingirten Verwandtschaft. — Es soll nicht übergangen werden, daß ein Gutachten der ehemaligen Gesetzkommission vom 8. Juli 1790 sich dahin ausspricht, daß, wenn ein zur zweiten Ehe schreitender Vater zwischen seinen schon lebenden und den in der bevorstehenden Ehe zu erzielenden Kindern eine uneingeschränkte unio prolium geschlossen habe, er nicht berechtigt, per testamentum Eins seiner Kinder vorzüglich zu begünstigen [24]). Aber dieses Gutachten ist an sich ganz schief. In einer Einkindschaft macht sich der eine Theil nicht seinen eigenen Kindern, sondern seinen ihm von dem anderen Ehetheile zugebrachten Stiefkindern gegenüber verbindlich, seinen Kindern gegenüber hat er kein Verwandtschaftsverhältniß mit ihnen zu fingiren. Das Gutachten beruht auf reinem Mißverständniß [25]), es ist auch nicht ins Landrecht aufgenommen und somit werthlos.

---

20a) Ebenda §§. 732, 720.

21) §. 722 a. a. O.: „Dieses (die Errichtung der Einkindschaft) kann sowohl in dem Ehevertrage unter den sich heirathenden Eltern, als nach bereits geschlossener Ehe durch ein besonderes Abkommen, geschehen.“

22) Ebenda §§. 723, 724.

23) Ebenda §. 749: „Doch können zusammengebrachte Eltern und Kinder aus eben den Ursachen, wie leibliche Eltern und Kinder, einander enterben. (§. 399 sqq., §. 506 sqq.)“

24) Klein's Annalen, Bd. VI, S. 330.

25) Ein Wittwer, welcher zwei Kinder hat, errichtet mit seiner Braut eine Einkindschaft. Die Braut ist kinderlos, also liegt die Bedeutung der Einkindschaft auf der Seite der Braut, sie nimmt die beiden Stiefkinder als gleichberechtigt in ihren Nachlaß mit den von ihr zu erwartenden Kindern an. In der Ehe gebiert sie Ein Kind, und gerade diesem Kinde vermacht der Vater ein Prälegat. Nun

Das Verhältniß ist wechselseitig, Stiefeltern und Stiefkinder beerben sich also gegenseitig und sind sich einander den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig [26]; sie succediren einander nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge [27], doch erstreckt sich das Erbrecht der Stiefeltern nur auf das in die Einkindschaft gekommene Vermögen, und dasjenige Vermögen, welches den Kindern nach Errichtung der Einkindschaft anderwärts her, als von den dieselbe schließenden Eltern, zugefallen, ist deren Successionsrechten nicht unterworfen [28].

Unter den zusammengebrachten Kindern, und mit oder unter ihren wechselseitigen Familien, entsteht weder Verwandtschaft noch Erbrecht [29], die Stiefkinder schließen die Verwandten des Stiefparens von dessen Erbschaft aus, doch mit Vorbehalt des den Ascendenten zukommenden Pflichttheils, insofern dieselben ihre Einwilligung zur Einkindschaft nicht ertheilt haben [30].

Die Abschichtung oder Abfindung, die nur bei bestehender Gütergemeinschaft vorkommt, hat auch hier die Wirkung eines renunciativen Erbvertrages, d. h. sie hebt das Erbrecht des abgefundenen Stiefkindes gleich einem Erbverzichtsvertrage auf (§. 82 a. E.) [31].

## §. 88.

### 4. Vollbürtige und halbbürtige Verwandtschaft, und Erlöschung der Verwandtschaft.

I. Das Landrecht hat die Bestimmung, daß vollbürtige Geschwister und deren Abkömmlinge die halbbürtigen bei der Allodial-Erbfolge ausschließen [1]; bei der Lehnfolge und bei der Fideikommißfolge gilt dieser Unterschied nicht [2]. Jener Vorzug der Vollbürtigkeit

---

kommen seine Kinder aus erster Ehe und sagen, das geht nicht, von wegen der unio prolium, und darauf giebt die Gesetzkommission das Gutachten. Wenn der Fall noch umgekehrt gewesen wäre, und die Frau ihrem Kinde zum Nachtheil der Vorkinder erster Ehe ihres Mannes vorzugsweise etwas zugewendet hätte, so wäre vielleicht eine Frage möglich gewesen. Aber wie die Sache liegt, ist jenes Gutachten unjuristisch. Unter dem Einflusse dieses Gutachtens ist jenes Präj. des Obertrib. (Note 18) ergangen.

26) A. L.R. a. a. O. §§. 734, 737, 743, 744.

27) Ebenda §. 740. — Erk. des Obertr. vom 20. Juni 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 380).

28) A. L.R. a. a. O. §§. 745, 736.

29) Ebenda §. 752.

30) Ebenda §§. 741, 742, 729, 730.

31) II, 1, §§. 642 ff.; II, 2, §§. 368—374. — Witte, Intestaterbrecht §. 6, S. 24.

1) A. L.R. II, 3, §. 35.

2) Ebenda §. 45; II, 4, §. 163; I, 18, §§. 381, 403, 433.

kommt in der Regel nur bei der Erbfolge der Geschwister in Betracht (¹); es kommt jedoch auch eine Ausnahme bei der Succession in Niftel in sofern vor, daß dabei die unehelichen Töchter, die ja immer nur Halbgeschwister sein können, hinter die ehelichen Töchter der Erblasserin zurücktreten [3]). Freilich liegt hier der Grund der Zurücksetzung nach den Worten in der Unehelichkeit der Geburt, denn unter den ehelichen Töchtern wird kein Unterschied zwischen Vollbürtigkeit und Halbbürtigkeit gemacht. Indeß ist es nicht unjuristisch, den wahren Grund in der Halbbürtigkeit zu sehen, da sonst die Zurücksetzung des unehelichen Kindes hinter das eheliche im Nachlaß der Mutter eine völlig isolirte, ganz unmotivirte Erscheinung sein würde. Eher ließe sich dem Kinde die Erbfähigkeit ganz absprechen. Der Grundsatz, daß die halbe Geburt vor der vollen Geburt um einen Grad zurücktritt, ist schon im römischen Rechte vor Justinian aufgekommen. „— Omnibus qui ex eodem conjugio fuerint procreati, defunctis: tunc demum ad eos qui ex alio sunt matrimonio editi, easdem res pro virili pervenire statuimus: nulla autem ex memoratis personis existente, parentes eorum eas percipere [4]).“ Derselbe hat im Gemeinen Rechte schon früh Aufnahme gefunden, nur nicht überall in gleicher Weise; dem deutschen Rechte war er ursprünglich unbekannt. Der Sachsenspiegel läßt die Halbgeschwister durch die Vollgeschwister ausschließen, beruft aber die Halbgeschwister mit den Vollgeschwisterkindern zu gleichen Rechten [5]). Die preußische Praxis war vor dem Landrechte über die Auffassung des Gemeinen Rechts nicht übereinstimmend. Zwei Entscheidungen der ehemaligen Gesetzkommission hatten als Rechtsgrundsatz festgestellt, daß des Erblassers Halbgeschwister, wenn keine leiblichen Vollgeschwister am Leben, durch die zurückgelassenen Kinder der letzteren von der Succession nicht ausgeschlossen werden, was mit dem Sachsenspiegel übereinstimmt, und daß, wenn die vollbürtigen Geschwisterkinder die Halbgeschwister des Erblassers in Gefolge besonderer Observanzen von der Erbschaft ausschließen, sie unter sich nach Köpfen zur Erbfolge gelangen [6]). Das Landrecht geht noch weiter als diese Praxis, indem es die Halbgeschwister nicht allein von den

3) II, 1, §. 511.

4) L. 4 C. de bonis quae liberis in potestate (VI, 61).

5) Buch II, Art. 20, §. 1. — v. Sydow, Erbrecht nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels, S. 106.

6) Konkl. vom 4. Juli 1786 und vom 17. April 1787 (Klein's Annalen, Bd. I, S. 307 u. flg.)

Vollgeschwistern, sondern auch von deren sämmtlichen Abkömmlingen ohne Unterschied des Grades ganz ausschließen läßt [7]).

II. Das römische Recht läßt das Erbrecht auf Grund der Verwandtschaft mit dem sechsten Grade einschließlich erlöschen und berücksichtigt nur noch zwei Personen siebenten Grades, den Großenkel und die Großenkelin von den Geschwisterkindern. „Haec autem bonorum possessio, quae ex hac parte Edicti (unde cognati) datur, cognatorum gradus sex complectitur, et ex septimo duas personas, sobrino et sobrina natum et natam [8])." Das Allgemeine Landrecht beschränkt das verwandtschaftliche Erbrecht auf eine bestimmte Zahl von Graden nicht, das Erbfolge-Recht gilt „in infinitum" sowohl in der Descendenten- als in der Kollateralfolge [8a]), ein Nachlaß ist erst dann erblos, wenn sich kein Verwandter mehr findet, welcher an die Stelle des ausdrücklich oder vom Gesetze nach der Nähe des Grades berufenen aber entsagenden oder aus einem besonderen Grunde ausgeschlossenen Erben treten könnte; das Landrecht unterscheidet jedoch nahe und entfernte Verwandte, und rechnet zu den nahen die Verwandten innerhalb der ersten sechs Grade der Seitenlinie nach römischer Zählung, welche den entfernteren gegenübergestellt werden, um an diese Unterscheidung eine Bestimmung bezüglich auf das Erbrecht des Ehegatten und der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand zu knüpfen [9]), und über die Perhorrescirung der Richter zu entscheiden [10]). Auch einen Vorzug der Männer vor den Frauen, der Erstgeborenen vor den Nachgeborenen und der den Namen des Erblassers führenden Personen vor Anderen kennt das gemeine preußische Erbrecht nicht, nur bei Successionen in Lehen, Familienstiftungen und Familien-Fideikommissen kommt dergleichen vor [11]).

## §. 89.

### 5. Zeit, nach welcher die Nähe der Verwandtschaft beurtheilt wird.

Ueber die Zeit, nach welcher die Verwandtschaft zu beurtheilen ist, um die Person, welche als die nächstberufene im Falle einer

7) II, 3, §. 41.

8) L. 1, §. 3 D. unde cognati (XXXVIII, 8.) Aehnlich das österr. Ges.-B. §. 751.

8a) I. F. 1, §. 1—4; II. F. 31; II. F. 50. — §. 5 Inst. de success. cognat. (III, 5). — Nov. 118, cap. 3, §. 1.

9) II, 1, §. 622; II, 2, §. 584.

10) A. G.O. I, 2, §. 143 u. Anh. dazu, §. 40; u. II, 3, §. 13.

11) A. L.R. I, 18, §. 388; II, 4, §. 35 u. §§. 135 ff.

vorausgegangenen Entsagung oder des Ausfallens des näheren Verwandten anzusehen ist, unter mehreren Prätendenten auszufinden, sind nicht Alle einerlei Meinung. Einige wollen die römische Regel: „Proximus per hoc tempus, quo certum esse coeperit, nullum ex testamento heredem extaturum [12]," angewendet wissen; Andere wollen die Berufung zur Intestat-Erbfolge immer nach der Zeit des Todes des Erblassers entscheiden. Diese Meinung ist nach preußischem Rechte die richtige. Das Nähere darüber ist schon oben (§. 11, No. III) vorgetragen. In Betreff der Intestaterbfolge wird hier jedoch ein Nachtrag nothwendig. Witte ist der Meinung, daß die Berufung zur Intestaterbfolge nicht nach der Zeit des Todes des Erblassers zu entscheiden, sondern „auf die Zeit des Erbanfalls gesehen werden soll [13]," womit er den Zeitpunkt meint, wo es sich entscheidet, daß „das Ausfallen (also wohl die Entsagung) des näheren Verwandten den Entfernteren zur Erbschaft zuläßt [14]." Er beweiset dieses erstens durch einen Schluß von der testamentarischen Einsetzung auf die gesetzliche Erbfolge und argumentirt so: „Hat der Erblasser den Testamentserben nur bis zu einer gewissen Zeit oder unter einer Resolutivbedingung eingesetzt, so hat er damit, unserem Rechte zufolge, den Intestaterben immer eventuell, wenn auch stillschweigend mitberufen; diesem ist also nach preußisch rechtlicher Ansicht die Erbschaft schon beim Tode des Erblassers, wenn auch sub conditione, angefallen, und es ist natürlich, daß er sie auf seine Erben transmittirt." Das ist wahr. Es heißt nun weiter: „Hat der Erblasser dagegen den Testamentserben definitiv und ohne ihm etwa den Intestaterben zu substituiren, berufen, so hat er seine Absicht, dem letzteren seinen Nachlaß eventuell zuzuwenden, durch nichts an den Tag gelegt; von einem bedingten Erbanfall zur Zeit des Todes des Erblassers kann also nicht die Rede sein" (— das ist nun eben fraglich —); „sondern erst wenn der Institutus ausschlägt, beruft das Gesetz den Intestaterben, und zwar den zu jener Zeit am nächsten stehenden." Ob die Berufung absolut durch das Gesetz oder nicht vielmehr durch die stillschweigende Willenserklärung des Erblassers geschieht, ist Sache der Rechtsauffassung, aber daß das „und zwar" eine petitio principii sei, ist oben (S. 147) aufgewiesen. Nun sagt Witte bezüglich auf die Intestaterbfolge wei-

12) §. 6. Inst. de legit. agnat. success. (III, 2); L. 2, §. 6, L. 8, §. 1 D. de suis et legit. (XXXVIII, 6); Gajus, Inst. III, §. 13.

13) Intestaterbrecht, §. 8 a. E., S. 28.

14) Ebenda S. 27.

ter: „Ist der Grund, um dessentwillen die Erbschaft dem einen Verwandten deferirt wird, das Ausfallen eines anderen Näheren, so kann von einer eventuellen Berufung zur Zeit des Todes natürlich noch weit weniger die Rede sein." Die Logik ist fehlerfrei, aber da man die Richtigkeit des Obersatzes dieses Schlusses nicht einzusehen vermag, was freilich subjektiv ist; so komme ich doch zu dem gerade entgegengesetzten Resultat. Die Rechtslage ist nämlich, nach meiner Rechtsauffassung, bezüglich auf den fraglichen Punkt in beiden Fällen die gleiche, es ist einerlei: ob der Erblasser einen Testamentserben einsetzt und ihm den Intestaterben nicht substituirt, oder ob er intestatus stirbt. Im ersten Falle ist es sein Wille, daß, wenn der Testamentserbe, den er lieber gehabt hätte als den Intestaterben, doch die ihm angetragene Erbschaft verschmäht, dieselbe nun an den Intestaterben fallen möge, sonst hätte er dem Testamentserben ja eine ganze Reihe von Substituten bis auf den letzten Mann, den Alles nehmenden Fiskus, geben können. Aber weil er das nicht gethan hat, war ihm der Intestaterbe schon recht, wenn er den ihm Angenehmeren nicht haben konnte; dem Intestaterben war also in der That die Erbschaft mit Willen des Erblassers (Nichtwollen ist auch ein Wollen) eventuell deferirt. Ganz ebenso ist es, wenn der Erblasser kein Testament macht (§. 3). Dann hat er allen seinen successionsfähigen Verwandten die Erbschaft stillschweigend, nämlich dadurch, daß er keinen Extraneus zum Erben haben mochte, gleichzeitig angetragen, zuerst dem Nächsten, aber nur bedingt, wenn er will und kann, und allen Folgenden eventuell unter der Bedingung, wenn die Vorgehenden nicht wollen oder nicht können; das Ausfallen eines Näheren ist nach preußischem Rechte kein neuer Delationsgrund für den Folgenden, sondern nur der Eintritt der Bedingung, unter welcher er zugleich mit Jenem berufen war. — Zweitens beruft sich Witte auch auf andere Stellen, „in denen die des Erbanfalls als normirend betrachtet wird," und bezeichnet als solche den §. 527, I, 12 des A. L.R. und den §. 270 des Anh. z. A. G.O. (I, 36, §. 23). Die erste Stelle lautet:

> „Hat der Erblasser den Kindern eines Anderen, ohne weitere Bestimmung, etwas vermacht, so gebührt dasselbe denjenigen, welche zur Zeit des Erbanfalles geboren, oder im Mutterleibe vorhanden waren."

Hierin ist jedoch augenscheinlich mit der „Zeit des Erbanfalls" die Zeit des Todes des Erblassers gemeint, denn mit dem Tode des-

selben fällt dem bezeichneten Erben oder Legatar die Erbschaft oder das Vermächtniß an, wenn dieser in solchem Zeitmomente schon lebt oder in utero vorhanden ist, oder noch lebt. Das ist bekannt und wird im Gesetze ausdrücklich gesagt: „Hängt die Frage, wem eine Erbschaft angefallen sei, davon ab: ob eine bei dem Tode des Erblassers vorhandene Leibesfrucht lebendig zur Welt kommen werde" u. s. w.[15]). Jene Stelle unterstützt mithin die bestrittene Meinung gar nicht; im Gegentheil, sie wird durch den mit der letztgedachten Stelle ([15]) zusammenhängenden §. 375 geradezu widerlegt, indem es hier heißt: „Kommt keine lebendige Leibesfrucht zur Welt, so wird die Sache so genommen, als wenn der Anfall sofort an denjenigen gediehen wäre, welcher zur Zeit des Todes, durch Gesetze oder Willenserklärungen, nächst der Leibesfrucht dazu berufen war." Die zweite Stelle bezieht sich auf den ehemaligen Konfiskationsprozeß gegen einen abwesenden Kantonisten und bestimmt, daß die Verwandten desselben durch Auswirkung der Todeserklärung gegen ihn das ergehende Konfiskationserkenntniß in Ansehung künftiger Erbschaftsanfälle nicht vereiteln könnten, insofern nicht von den Miterben nachgewiesen werden kann, daß der Kantonist zur Zeit des Erbanfalls wirklich verstorben gewesen." Welche Zeit diejenige sei, wo die Erbschaft angefallen, ist hier nicht gesagt.

## §. 90.

### 6. Ordnung der Erbfolge auf Grund der Verwandtschaft.

Die Verwandten sind zwar, ohne rechtliche Begrenzung (§. 88, II), alle erbfolgefähig, aber nicht alle zugleich berechtigt, vielmehr findet unter ihnen eine Vorrechtsordnung statt nach dem Grundsatze, daß allemal der Nächste (§. 89) und mehrere gleich Nahe zugleich gerufen sind. Die Nähe bestimmt sich nach der Zahl der Grade, welche zwischen dem Erbprätendenten und demjenigen liegen, auf welchen bei der Berechnung der Grade gesehen wird. Dieser kann entweder der Erblasser oder auch der gemeinschaftliche Stammvater sein, je nach der in Geltung stehenden Folgeordnung. Gemeinrechtlich sind drei dergleichen Ordnungen bekannt: 1. die Parentelenfolge, wonach zuerst auf den gesehen wird, welcher von dem Erblasser selbst abstammt; in dessen Ermangelung auf den, welcher mit dem Verstorbenen den nächsten Stammvater ge-

15) I, 9. §. 371. Vergl. §. 12, Tit. 1 ebd.

mein hat[1]). 2. Die Gradualfolge, nach welcher, wie nach römischem Recht, lediglich auf die Nähe des Grades der Verwandtschaft zwischen dem Erblasser und dem Prätendenten, ohne Rücksicht auf Abstammung, gesehen wird. Grad heißt eine weitere Zeugung eines von einem Ehepaare Erzeugten nach abwärts mit Vermischung eines fremden Blutes, nicht die Wiederholung der Zeugung von demselben Erzeuger; um also die Entfernung zweier verwandter Personen zu bestimmen, zählt man die zwischen ihnen liegenden Zeugungen. Die Neuern sagen: „Quot sunt personae, dempto stipite, tot sunt gradus," oder: „quot sunt generationes inter personas, de quarum consanguinitate quaeritur, tot sunt gradus," oder auch: „tot dantur gradus, quot sunt personae demto stipite[2])". Das erste Elternpaar macht bei der Zählung der Parentelen keinen Grad durch ihre Zeugung, sie und ihre Erzeugten sind „una caro". Also: in gerader Linie sind zwei Personen von einander so viele Grade entfernt, als Zeugungen zwischen ihnen liegen; zwischen Eltern und Kind liegt keine Zeugung, sie sind Eine Parentel oder Eins, und machen daher keinen Grad. In der Seitenlinie giebt es zwei verschiedene Zählarten: das römische Recht zählt die auf beiden Seiten liegenden Zeugungen zusammen[3]); das kanonische Recht zählt nur die eine Seite, die längere, giebt aber bei ungleicher Seitenlinie die Zahlen von beiden Seiten an[4]). Das Landrecht zählt nach der römischen Komputation: „Die Grade der Verwandtschaft werden durch die Zahl der Geburten bestimmt, mittelst welcher zwei verwandte Personen auf einen gemeinschaftlichen Ursprung sich beziehen[5])." Diese Regel bezieht sich, wie wiederholt wird, nur auf die Seitenlinie; in der geraden Linie können die Nachkömmlinge die Grade ihrer Verwandtschaft nicht mit Beziehung auf einen gemeinschaftlichen Stammvater berechnen, sie zählen nur die zwischen ihnen und ihrem alleinigen bestimmten Stammvater stehenden Mittelspersonen. 3. Die Lineal-Gradual-Folge, nach welcher zuerst auf den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater zurückgegangen wird,

1) Diese Ordnung hat das österreichische Gesetzbuch angenommen. Das Recht der Erbfolge wird auf sechs Linien beschränkt; entferntere Verwandte sind ausgeschlossen. §. 730—751.

2) Vergl. J. H. Boehmer, jus ecclesiast. L. IV, tit. 14, §. 2; Majer, deutsche Erbfolge, I. Fortsetzung, §. 21, S. 30.

3) L. 17, §. 2 D. de ritu nuptiarum (XXIII, 2). L. 1, §. 3—7, L. 3 D. de grad. (XXXVIII, 10).

4) C. 2, §. 4 C. XXXV, qu. 5. — C. 3, 6, 9 X. de consanguin. et affinit. (IV, 14).

5) I, 1, §. 45.

wie bei der Parentelen-Folge, dann aber der in dieser Linie dem Grade nach Nähere den Entfernteren ausschließt.

Das Landrecht hat keine dieser Erbfolgen aufgenommen; die Verfasser haben auch sonst kein bestimmtes Prinzip befolgt, noch weniger einem volksthümlichen Gewohnheitsrechte, welches ja auch als ein allgemeines in dem so verschiedenartigen, kein innerlich zusammengehöriges Ganzes darstellenden Staatskörper ganz unmöglich hatte zur Existenz kommen können, Rechnung getragen, vielmehr sind die Bestimmungen, wie Witte[6]) sehr richtig sagt, nach unsicherem Herumtappen — zufällig entstanden. Die Verfasser haben sich dabei nach dem Grade der Liebe, welche man dem Erblasser zu seinen verschiedenen Verwandten subjektiv zugemuthet hat, richten wollen. In einer Anmerkung im gedruckten Entwurf wird gesagt[7]): „Das römische Recht läßt, bekanntermaßen, Geschwister und deren Kinder, mit den Ascendenten zugleich, zur Erbfolge zu, allein es verstößt dadurch gegen seinen eigenen Grundsatz. Unstreitig ist das Band zwischen Eltern und Kindern, nach der Natur, und vermöge wechselseitiger Verpflichtungen, enger als das zwischen Geschwistern. Das Gesetz also, welches bei der Intestaterbfolge nur den präsumtiven Willen des Erblassers ergänzen soll, muß vermuthen, daß er seine Eltern mehr, als seine Geschwister geliebt habe. Hierauf gründet sich der Schooßfall[8]) des gemeinen Sachsenrechts. Nur alsdann, wenn von der einen Linie der Ascendenten niemand mehr vorhanden ist, tritt eine andere Betrachtung ein. In einem solchen Falle hat z. E. die überlebende Mutter den verstorbenen Vater, und durch ihn, nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur, auch seine Ascendenten mit beerbt. Da sie nun bei dieser Succession, nach den Verordnungen des Ersten Titels, viel mehr begünstigt werden, als sie es nach bisherigen gemeinen Rechten war, so scheint es billig, die Kinder in einem solchen Falle zur Theilnehmung an der Succession ihrer Geschwister zuzulassen." Hierdurch sollte die im Entwurfe vorgeschlagene Bestimmung gerechtfertigt werden, daß, wenn bei dem Absterben des Kindes einer der Eltern bereits verstorben, die Geschwister des Erblassers nur dann mit dem überlebenden Parens zugleich berufen sein sollten, wenn die aufsteigende Linie des vorverstorbenen Parens bereits gänzlich

6) Intestaterbrecht, §. 9, S. 30.

7) Ad rubricam des Abschn. 6, Th. I, Tit. 2, S. 217.

8) Daß man sich mit Unrecht auf den Schooßfall des Sachsenspiegels beruft, um die Bevorzugung der Ascendenten vor den Geschwistern zu rechtfertigen, da dieser nur die unmittelbaren Eltern bevorrechtet, — hat schon Witte a. a. O. S. 31 gesagt.

erloschen. Diesen Vorschlag ließ man bei der Umarbeitung wieder fallen und das Landrecht brachte die heutige Bestimmung, daß die unmittelbaren Eltern des Verstorbenen dessen Geschwister ausschließen, wodurch der sächsische Schooßfall[9]) zum gemeinen preußischen Rechte gemacht worden ist. Vorher galt der Grundsatz nur in einigen Statuten[10]). Ferner weicht das Landrecht von dem bis dahin in Geltung gewesenen Rechte darin ab, daß entferntere Ascendenten von vollbürtigen Geschwistern und deren Descendenten ausgeschlossen sein und neben den Geschwistern auch sämmtliche Abkömmlinge vorverstorbener Geschwister jure repraesentationis mit erben sollen. Diese Neuerungen rechtfertigt Suarez in folgender Weise: „Bei der Erbfolge der Verwandten in aufsteigender Linie weicht das Gesetzbuch vom römischen Rechte darin ab: 1. daß Vater und Mutter die Geschwister ganz ausschließen; 2. daß dagegen Großeltern und weitere Grade der aufsteigenden Linie von vollbürtigen Geschwistern ausgeschlossen werden; 3. daß dergleichen entferntere Verwandte in aufsteigender Linie nur mit Halbgeschwistern zugleich zur Succession gelangen, wohingegen de jure Romano die Geschwister in allen Fällen mit den Ascendenten zugleich succediren. Die erste jener Abweichungen, vermöge welcher die leiblichen Eltern die Geschwister ausschließen, ist leicht zu rechtfertigen. Sie gründet sich in der weit stärkeren natürlichen Liebe, mit welcher Kinder ihren Eltern vor den Geschwistern zugethan sind, in den ungleich bindenden Pflichten der Dankbarkeit, welche Kinder ihren Eltern schuldig sind, denen sie ihr Dasein, ihre Erziehung, die Unterstützung, durch welche sie das hinterlassene Vermögen haben erwerben können, in der Regel verdanken. Sie gründet sich darin: daß dieses Vermögen, welches jetzt den Eltern zufällt, nach deren Aussterben vermöge des natürlichen und gewöhnlichen Laufes der Dinge doch wieder an deren Kinder, d. h. an die Geschwister des jetzigen Erblassers gelangt, und also denselben nicht für immer entzogen wird. Sie hat endlich die Uebereinstimmung mit dem deutschen Rechte, und mit den noch jetzt geltenden Gesetzen der vielen Provinzen für sich, in welchen, wie z. E. in Schlesien, das jus Saxonicum und der in selbigem gegründete

9) Sachsenspiegel, B. I, Art. 17, §. 1. Darauf gründet sich das Sprüchwort: Das Kind fällt in der Mutter Schooß. Eisenhardt, deutsches Recht in Sprüchwörtern, S. 277.

10) Z. B. im Stettin'schen Rechte, nach Sibrand, kurze Nachrichten von Stettinischen Rechten, S. 72; in Schlesien an mehreren Orten, nach Vater, Repertorium I. S. 302—304, 336.

Schooßfall recipirt ist [11]). — Weniger einleuchtend sind die Gründe der zweiten Abweichung, vermöge deren vollbürtige Geschwister die Großeltern und andere entferntere Ascendenten ausschließen; sie sind aber nichts desto weniger sehr erheblich. Denn 1. hat das ältere römische Recht selbst den Geschwistern den Vorzug gegeben, und erst Justinian hat in seinen Novellen, worin er in so vielen Stücken das viel vernünftigere jus civile antiquum verdorben, die Ascendenten zur Mitbeerbung gerufen, L. f. C. communia de success. [12]) 2. Die Verbindung unter Geschwistern, die gewöhnlich mit einander erzogen werden, und die ersten Jahre ihres Lebens unter einem Dache in der engsten Vertraulichkeit zubringen, scheint viel genauer und inniger, als mit entfernten Ascendenten, von welchen die Enkel und Urenkel in der Regel in einer Ehrfurcht gebietenden Entfernung gehalten werden, und nur selten einzelne Wohlthaten genießen. 3. Der Theil des Vermögens, welchen dergleichen entfernte Ascendenten erben, geht aus der eigentlichen Familie des Erblassers pro maxima parte heraus, und wird in kurzer Zeit (da solche Ascendenten gewöhnlich hochbejahrte Leute sind) an Extraneos übertragen. Nun ist es doch aber der voluntati praesumtae des Erblassers, als dem ganzen Fundament der Intestaterbfolge, gemäß, daß er nicht bloß in dem ersteren und unmittelbaren, sondern auch in dem nächstfolgenden und so nahe bevorstehenden und vorauszusehenden Falle, sein Vermögen lieber ganz seinem leiblichen Bruder und dessen Kindern, als anderen weit entfernten, zu einer im Grunde ganz fremden Familie gehörenden Seitenverwandten, werde gönnen wollen. 4. Aus der Konkurrenz der Ascendenten mit den Geschwistern und deren Kindern entstehen eine Menge streitiger und verwickelter Fälle, die zu vielen Prozessen Anlaß geben können. Stryk, de success. ab intestato, Diss. II, cap. 1, §§. 28—32. Nun ist es aber allerdings ein Nebenzweck der neueren Gesetzgebung gewesen, Dispositiones der älteren Gesetze, welche eine Quelle häufiger und verwickelter Prozesse

---

11) Dies ist in dieser Allgemeinheit historisch nicht richtig, nur an mehreren Orten kam es vor. S. die vor. Anmerkung 10. Suarez hatte davon, als ein in Schlesien Einheimischer, zufällig Kenntniß und stand unter dem Einflusse dieser wenigen Statutarrechte. Denn mit den „vielen Provinzen, in welchen das jus Saxonicum etc. recipirt ist", ist es nichts.

12) Diese Verordnung ist ja ebenfalls von Justinian, gehört also mit zu den rechtverderbenden, bestimmt jedoch nichts über das Erbrecht nach einem bei Lebzeiten der Eltern sterbenden Kinde im Allgemeinen, sondern verhält sich lediglich über die Rechte des Vaters in Betreff dessen, was die Kinder von ihrer Mutter geerbt haben, für den Fall einer von ihm eingegangenen neuen Ehe.

sein können[13]), wenn nicht überwiegende Gründe deren Beibehaltung nothwendig machten, zu korrigiren und aufzuheben[14])." — Die dritte Abweichung ist ungerechtfertigt geblieben. Daß Suarez nur für die Abweichungen vom römischen Rechte, nicht für die vom germanischen, Gründe anzugeben sich bemüht, kommt daher, daß jenes Recht das geltende war, nicht das germanische, daher er keine Veranlassung hatte, seine neuen Satzungen wegen deren Abweichungen von einem Rechte, welches keine praktische Geltung hatte, zu rechtfertigen.

Auf diesen Ansichten (§. 88) und sittlichen Gefühlen der Verfasser beruhen die landrechtlichen Bestimmungen, nach welchen die Verwandten in folgender Ordnung zur Erbschaft berufen werden:

Zum Ersten: Die erbfähigen Abkömmlinge ohne Rücksicht auf den Grad der Verwandtschaft, zwischen welchen und dem Erblasser kein Näherer derselben Linie in der Mitte steht; jedoch mit der Annahme, daß, wenn in einer Linie der nähere Descendent nicht Erbe sein kann oder will, sein nächster Descendent jure repraesentationis (§. 91) an seine Stelle tritt[15]). Kinder beerben ihre Eltern zu gleichen Theilen, Enkel und Abkömmlinge weiterer Grade nach den Linien, in welchen sie von dem Erblasser abstammen, mögen sie mit Kindern desselben konkurriren oder alle in weiteren Graden stehen[16]). — Uneheliche Kinder und Kinder aus einer Ehe zur linken Hand sind in den Nachlaß ihrer Mutter hier gleichfalls berufen; in den Nachlaß ihres Vaters folgen sie wegen ihres unvollkommenen Erbrechts in der zweiten Ordnung (§. 66, Nr. 2 u. 4).

Zum Zweiten. Der Vater und die Mutter zu gleichen Theilen, oder Einer von Beiden allein[17]), ohne Unterschied der Herkunft des Vermögens[17a]). Daneben die unehelichen Kinder und die Kinder einer Ehe zur linken Hand des väterlichen Erblassers[18]), mit ihrem beschränkten Erbrechte (§. 86, Nr. 2 u. 4).

Zum Dritten: Vollbürtige Geschwister und die Abkömmlinge vorverstorbener Geschwister ohne Unterschied des Grades, die ersteren

---

13) Aus diesem Grunde hätte auch die Konkurrenz der entfernteren Ascendenten mit Halbgeschwistern ausgeschlossen werden müssen.

14) Schlußvorträge in den Jahrbüchern, Bd. XLI, S. 166 ff.

15) A. L.R. II, 2, §§. 300, 349, 352—355.

16) Ebenda §§. 348—351.

17) Ebenda §. 489.

17a) Ebenda §. 499.

18) Ebenda §§. 580, 652.

nach der Personenzahl, die letzteren nach Linien ex propria persona [19]).

Zum Vierten: Die weiteren Ascendenten nach der Nähe des Grades, mehrere gleich nahe zu gleichen Theilen ohne Unterschied, woher und von welcher Seite das Vermögen dem verstorbenen Kinde zugefallen sei [20]), zugleich mit den Halbgeschwistern und den Abkömmlingen vorverstorbener Halbgeschwister ohne Unterschied des Grades ex propria persona; die Halbgeschwister und deren Descendenten nehmen die eine und die Verwandten in aufsteigender Linie nehmen die andere Hälfte des Nachlasses [21]). Bei den Halbgeschwistern, wenn ihrer mehrere sind, findet eben die Successionsordnung nach Linien statt, wie unter den vollbürtigen Geschwistern und deren Abkömmlingen; es ist bei der Allodialerbfolge kein Unterschied zwischen Halbgeschwistern von natürlicher und mütterlicher Seite, auch kommt es darauf nicht an, ob das Vermögen des Erblassers demselben von der väterlichen oder von der mütterlichen Seite zugefallen sei [22]). Ist keine der hier zugleich berufenen Verwandten der aufsteigenden Linie, wohl aber ein Halbgeschwister, oder umgekehrt zwar kein Halbgeschwister oder ein Abkömmling von ihnen, aber kein Ascendent vorhanden, so nehmen Jene, und beziehungsweise Diese allein den Nachlaß [23]).

Zum Fünften: Die übrigen Seitenverwandten bis zum sechsten Grade einschließlich nach der Nähe des Grades ihrer Verwandtschaft mit dem Erblasser; der nähere Grad schließt den entfernteren aus, mehrere Personen gleichen Grades erben zu gleichen Theilen, und es macht keinen Unterschied: ob die Seitenverwandten von des Vaters oder von der Mutter Seite durch volle oder nur durch halbe Geburt mit dem Erblasser verbunden sind [24]).

Zum Sechsten: Die Kinder, welche dem väterlichen Erblasser in einer Ehe zur linken Hand geboren sind, mit Ausschließung aller entfernten Verwandten [25]).

Zum Siebenten: Alle entfernteren Verwandten „in infini-

19) II, 3, §§. 31, 35—40.
20) II, 2, §§. 493, 497—499.
21) Ebenda §§. 493, 494; II, 3, §. 41.
22) II, 3, §§. 42—45.
23) II, 2, §. 495.
24) Ebenda Tit. 3, §§. 46—49, 51 u. 52.
25) Ebenda Tit. 2, §. 584.

tum" (§. 88, No. II), nach der Nähe des Grades ihrer Verwandtschaft mit dem Erblasser, wie in der fünften Ordnung[26]).

Alle zur derselben Ordnung gehörigen Personen succediren zugleich, und keiner kann aus einer folgenden Ordnung zur Succession gelangen, so lange Jemand aus einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist, welcher Erbe werden kann und will, und welchem auch die Erbschaft nicht wegen Unwürdigkeit wieder entrissen werden kann. — Mit diesen Ordnungen der Verwandten sind nicht zu verwechseln die Klassen der Intestaterben. Deren Zahl ist um zwei größer; sie werden angegeben werden, nachdem die beiden noch übrigen Gründe der Intestatsuccession, die gesetzliche Geschlechtsgemeinschaft und die Heimathsgemeinschaft vorgetragen worden sind. (§. 99.)

## §. 91.

### 7. Repräsentationsrecht.

I. Unter dem Repräsentationsrechte in der Succession verstehen die Lehrer des gemeinen Rechts ein privilegium, vi cujus aliquis defuncti parentis locum in successione subit. Is ergo, qui ex jure repraesentationis ad successionem admittitur, eam partem accipit, quam defunctus ejus parens, si adhuc in vivis esset, fecisset[1]). Dies ist dasjenige Repräsentationsrecht, welches ältere Juristen das Repräsentationsrecht zum Behuf der Erbtheilung nannten. Diese Juristen unterschieden davon noch ein Repräsentationsrecht zum Behufe des Erbfolgerechts, vermöge dessen gewisse entferntere Verwandten, welche nach der ordentlichen Successionsordnung durch die Konkurrenz näherer Verwandten hätten ausgeschlossen werden müssen, zugleich mit diesen in der Art zur Succession gelangen sollten, daß dieselben nicht aus eigenem Rechte, sondern als Repräsentanten und Namens ihres Parens an dessen Stelle in ähnlicher Weise wie durch Transmissionsrecht, succedirten. Neuere Juristen bestreiten die Existenz eines solchen Repräsentationsrechts und erkennen nur das zum Behufe der Erbtheilung an, wonach mehrere entferntere Verwandte, welche gemeinschaftlich von einem näheren Verwandten des Erblassers abstammen, bei Bestimmung der Erbportionen zusammen nur für das Eine Haupt ihres Parens zählen, also in stirpes succediren, dabei aber proprio jure

---

26) Ebenda §§. 46—49, 51, 52. Crelinger und Witte übergehen die sechste und siebente Ordnung.

1) Koch, successio ab intestato, §. 12. Vergl. Glück, Intestaterbfolge, S. 78 u. flg.

berufen sind, folglich nicht Namens ihres Parens succediren, von ihm ihr Erbrecht nicht ableiten und daher zur Succession gelangen, wenn auch ihr Vater nicht fähig gewesen wäre, den Erblasser zu beerben und wenn auch sie selbst ihren Vater nicht beerbt haben. Ein solches Repräsentationsrecht schrieb man namentlich bei der Erbfolge in absteigender Linie den Enkeln zu, so, daß sie ihren Großvater nicht an der Stelle und aus dem Rechte ihres vorverstorbenen Vaters, sondern in eigener Person, als selbständig vom Rechte berufen, beerbten, und daß nur bei Bestimmung ihres Erbtheils ihre Abstammung berücksichtigt werde, mithin auf sie alle zusammen nur der Theil ihres Parens falle [2]). — Dem deutschen Rechte war nach dem Grundsatze der Gradesnähe ein Repräsentationsrecht fremd, gegen dessen Einführung behauptete sich der deutsche Grundsatz, durch welchen Enkel von den Kindern ausgeschlossen wurden, auch noch lange nach dem Eindringen des römischen Rechts, bis im Jahre 941 König Otto I den Zwiespalt durch ein Gottesurtheil in Gestalt eines Zweikampfs entscheiden ließ, welches zu Gunsten der Enkel ausfiel [3]).

II. Das Landrecht ist über dieses Recht nicht klar. Die Verfasser meinen, das Repräsentationsrecht sei aufgehoben, indem man sich darüber wie folgt vernehmen läßt: „Das jus repraesentationis ist sowohl bei der Erbfolge in absteigender Linie, als bei der Kollateralsuccession aufgehoben. An sich beruht dasselbe auf einer bloßen Fiktion und erzeugt viele verwickelte Rechtsfragen, die eine Menge von Bestimmungen nothwendig machen würden. Besonders läßt sich aus der Sache nicht erklären: warum der zufällige Umstand, daß die Eltern der Geschwisterkinder vor dem Erblasser verstorben sind, in der Art der Erbfolge, und in der Vertheilung des Nachlasses, einen so wesentlichen Unterschied bewirken sollte. Dagegen ist die Succession nach Linien — die einfachste und natürlichste Art der Erbfolge, und kann am wenigsten zu Streit und Zweifeln Anlaß geben. Man wird sie auch bei genauerer Prüfung, der Billigkeit, und selbst der Präsumtion von der Liebe des Erblassers zu seiner Familie, die doch bei der ganzen gesetzlichen Erbfolge zum Grunde liegt, am gemäßesten finden [4])." Suarez nimmt in seinen Schlußvorträgen diesen Ge-

2) Schweppe, römisches Privatrecht, Ausg. v. Mejer, Bd. V, S. 135, Anm. 2 zu §. 827; Glück a. a. O. S. 106; Gmelin, historia repraesentationis ex jure civili §. 4; Witte, Intestaterbrecht, §. 10, S. 35.

3) Grimm, deutsche Rechtsalterthümer, S. 471. Seitdem scheint die Zulassung der Enkel neben Söhnen mehr Eingang gefunden zu haben. Vergl. Sachsenspiegel, Bd. I, Art. 5.

4) Note **) zu §. 28, Th. I, Tit. 3 des gedr. Entwurfs zum Ges.-Buch, Bd. I, S. 255.

danken wieder auf und sagt: „Das jus repraesentationis bei Geschwistern und Geschwisterkindern ist an sich eine bloße Fiktion. Es erzeugt eine Menge verwickelter Rechtsfragen, die, wenn das Repräsentationsrecht beibehalten werden sollte, viele gesetzliche Bestimmungen nöthig machen würden. Stryk, de success. ab intestato. Diss. III, cap. 1 per totum. Vornehmlich aber entstehen durch das jus repraesentationis die größten Unbilligkeiten und Ungleichheiten. Wenn z. E. der Defunktus einen Bruder A und 10 Kinder von einem vorher verstorbenen Bruder B hinterläßt, so bekommen die 10 Kinder zusammen nur so viel, als der einzige A, weil sie nur jure repraesentationis zur Succession gelangen können. Gesetzt aber, A wäre vor dem Defunkto mit Hinterlassung eines einzigen Sohnes C gestorben, so succedirte derselbe mit jenen 10 Kindern in capita und erhielte statt der $\frac{5}{10}$ seines Vaters nur $\frac{1}{11}$. Hier läßt es sich doch gewiß eben so wenig aus der Natur der Sache, als bloß aus der gemeinen Billigkeit erklären: warum der zufällige Umstand, daß die Eltern der Geschwisterkinder vor dem Erblasser verstorben sind, in der Art der Erbfolge und in der Vertheilung des Nachlasses einen so wesentlichen Unterschied bewirken soll [5]." Was hier gegen das Repräsentationsrecht gesagt wird, trifft nicht dieses, sondern die Erbfolgeordnung. Das Repräsentationsrecht wird hier als ein den Abkömmlingen des Bruders des Erblassers feindliches Institut vorgeführt, während es doch — insofern davon überhaupt in der Seitenlinie die Rede sein kann — als ein Privilegium dieser Abkömmlinge eingeführt ist. Ohne Repräsentationsrecht würden jene 10 Kinder des B gar nichts erhalten haben, und wenn A vor dem Erblasser verstorben wäre, so hätten die Kinder von A so gut wie von B zu einer andern Ordnung gehört und da würde es noch von Umständen abgehangen haben: ob sie überhaupt zur Succession gelangt wären; denn wenn noch ein Ascendent vorhanden gewesen wäre, so würden sie Alle durch ihn ausgeschlossen worden sein, weil Geschwisterkinder allein, ohne Konkurrenz eines Geschwisters, nie mit den Ascendenten, gemeinrechtlich, konkurriren, sondern von Letzteren ausgeschlossen werden, wenigstens nach einer als herrschend anzusehenden Meinung [6]). Also das, was Suarez sagt, trifft nur die gemeinrechtliche Reihefolge der Intestaterben. Er kommt auch unmittelbar darauf auf diese: „Dagegen ist die Erbfolge nach Linien, so wie dieselbe

5) Jahrbücher, Bd. XLI, S. 146.

6) Darüber besonders Glück, Intestaterbrecht, §. 168 u. die von ihm angeführten Schriftsteller, auch Wening v. Ingenheim, Buch V, S. 162.

hier (bei den Kollateralen) und auch schon bei den Descendenten (Tit. 2, §§. 351—358) angenommen worden, die natürlichste und einfachste Art der Succession. Sie ist deutschen Ursprungs, beruht auf keiner Fiktion, und giebt am allerwenigsten zu Streit und Zweifeln Anlaß. Auch wird man sie, bei genauerer Prüfung, der Billigkeit und selbst der Präsumtion von der Liebe des Erblassers zu seiner Familie [7]), die doch bei der ganzen Intestatsuccession zum Grunde liegt, am angemessensten finden." Nun sollte man glauben, die Linealfolge würde die erkorene sein. Aber sie findet doch nicht Beifall, es heißt weiter: „Nach dem Josephinischen Gesetzbuche geschieht die Succession in allen Ordnungen, selbst bei den entfernteren Kollateralen, nur nach Linien [8]). Dies führt aber in sehr vielen Fällen auf unabsehliche Weiterungen über die Ausmittelung der Theilnehmer, indem bei jedem Successionsfalle der ganze Stammbaum des Erblassers untersucht und belegt werden muß [9]). Ueberdem werden dadurch die Verlassenschaften oft in unsäglich kleine Theile zersplittert [10]). Man hat also hier die Linicalsuccession nur bei Descendenten, Geschwistern und Geschwisterkindern eingeführt; in Ansehung der entfernteren Seitenverwandten aber hat man die römische Successionsordnung secundum proximitatem gradus beibehalten." — Nach dieser Ausführung sollte man glauben, im Landrechte fände sich keine Spur vom Repräsentationsrechte; es ist jedoch anders. Um dieses zu finden, müssen die Bestimmungen über alle drei Linien betrachtet werden.

1. Bei der absteigenden Linie ist bestimmt:

a) „Enkel und Abkömmlinge weiterer Grade gelangen zur Erbfolge nach den Linien, in welchen sie von dem Erblasser abstammen. — Sind also Kinder des ersten Grades, und Enkel oder Urenkel von andern vor dem Erblasser verstorbenen Kindern vorhanden, so müssen so viele Theile gemacht werden, als Linien sind, die von dem Erblasser unmittelbar entspringen [11])." Hier erben also Kinder und Enkel aus vorverstorbenen Kindern gleichzeitig nebenein-

---

7) Diese Präsumtion von der Liebe, natürlich eine praesumtio hominis, ist überall den prinziplosen Bestimmungen zum Grunde gelegt; sie ist rein subjektiv und erscheint bei Jedem anders, je nach den Umständen und Ansichten.

8) Diese Bestimmungen finden sich im östr. bürgerlichen Gesetzbuche §. 731 ff. wieder.

9) Das muß jetzt auch geschehen und wird durch keine Erbfolgeordnung abgeschnitten.

10) Dieser Gegengrund beweiset zuviel, er führt zum Erstgeburtsrecht.

11) II, 2, §. 348, 349.

ander. Das nennen die Verfasser die deutsche Linealfolge, was nichts anderes ist als gerade ebendasselbe fremde Repräsentationsrecht, zu dessen Einführung gegen den deutschen Grundsatz der Gradesnähe in der Linie der Descendenten vor 900 Jahren ein Staatsduell nöthig war[12]). Weiter ist bestimmt:

b) „In allen Fällen, wo — eine Ausgleichung unter den Kindern ersten Grades wegen der Ausstattungen und Geschenke erfolgen müßte, muß dieselbe auch unter den Linien geschehen, wenn gleich in einer oder der anderen Linie nur entferntere Abkömmlinge zur Erbfolge gelangen. — So müssen z. B. Enkel, die den Großvater unmittelbar beerben, die Ausstattung, die ihr Vater erhalten hat, von dessen Geschwistern sich anrechnen lassen. — Dagegen sind aber auch umgekehrt Enkel von einem unausgestatteten Kinde ihres Vaters ausgestatteten Geschwistern das, was diese von dem Erblasser erhalten haben, anzurechnen wohl befugt. — Bei dieser Ausgleichung unter den Linien macht es keinen Unterschied: ob die zur Succession gelangenden Abkömmlinge weiterer Grade ihrer unmittelbaren Eltern Erben geworden sind, oder nicht[13])." Dies ist eben das, was die Rechtslehrer Repräsentationsrecht nennen und Justinian so ausdrückt: „in proprii parentis locum succedunt[14])." Man versteht das so, daß derjenige, welcher in die Stelle seines ausgefallenen Parens einrückt (ex jure repraesentationis succedirt), den Theil des Parens erhält, wie ihn dieser selbst erhalten haben würde, wenn er an der Erbschaft Theil genommen hätte. Daraus folgt denn zweierlei: Erstens: wer ex jure repraesentationis miterbt, muß Alles konferiren, oder, in unserer Ausdrucksweise, sich Alles anrechnen lassen, was der, dessen Stelle er einnimmt, sich auf sein Erbtheil würde haben anrechnen lassen müssen[15]), so wie umgekehrt er von den

12) De legis quoque varietate facta est contentio, fuereque qui dicerent, quia filii filiorum non deberent computari inter filios, hereditatemque legitimi cum filiis sortiri, si forte patres eorum obiissent avis superstitibus. Rex autem meliori consilio usus noluit, viros nobiles ac senes populi inhoneste tractari, sed magis rem inter gladiatores discerni jussit. Vicit igitur pars, qui filios filiorum computabant inter filios, et firmatum est, ut aequaliter cum patruis hereditatem dividerent pacto sempiterno. Wittich. corb. p. m. 23. — Orta dissensione inter principes de varietate legis, utrum deberent avis superstitibus filii filiorum post parentes defunctos hereditare, an exheredatis fratruelibus hereditas ad patruos redire? Ex regis Ottonis omniumque principum sententia cognitio veritatis commissa est gladiatorio judicio, cessitque victoria his qui censebant, fratrum filios debere cum patruis hereditare. Sigib. gembl. ad a. 942. Grimm, Rechtsalterthümer, S. 471, 472.

13) II, 2, §§. 359—362.

14) Novelle 118, cap. 1.

15) L. 19 C. de collationibus (VI, 20).

ausgestatteten Geschwistern seines Parens die Einwerfung zu fordern berechtigt ist[16]), womit die Vorschrift der Nov. 18, Kap. 1 übereinstimmt, daß Enkel soviel erhalten sollen wie ihre Eltern, falls sie noch lebten, erhalten würden[17]). Zweitens folgt: wer proprio jure an die Stelle des kollationspflichtigen Descendenten tritt, z. B. ein Substitut, oder ein Miterbe, welcher durch das Anwachsungsrecht die vakante Portion erhält, braucht nicht zu konferiren, was der weggefallene Descendent hätte konferiren müssen[18]). Das Landrecht schreibt gerade ebendasselbe vor, was die Rechtsgelehrten als Folge und Wirkung des Repräsentationsrechts ansehen; und die Bestimmung: „So wie in den ganzen Nachlaß die unmittelbar von dem Erblasser entspringenden Hauptlinien succediren: so succediren die unter einer Hauptlinie stehenden Unterlinien in den Antheil dieser Hauptlinie; So oft daher in einer Linie der nähere Descendent nicht Erbe sein kann oder will, fällt sein Erbrecht — also sein Erbrecht fällt — auf die von ihm abstammenden weitern Descendenten," — diese Bestimmung ist nicht die Einführung der deutschen Linealfolge, in welcher gerade der dem Grade Nähere den Entfernteren ganz ausschließt; sondern es ist die Aufnahme des Grundsatzes von dem Repräsentationsrechte: „jus repraesentationis in hac classe prima in infinitum obtinet: ideoque datur, attamen in hac sola descendentium successione, repraesentatio repraesentationis[19])." Die Verf. des Landrechts haben sogar das Repräsentationsrecht noch weiter entwickelt. Bei diesem ist Regel: „Vivus, nisi a lege aliquando pro mortuo habeatur, in successione ab intestato repraesentari nequit[20])." Daher wird nach einer Meinung für nicht zuläßig gehalten, daß z. B., wenn von zwei Brüdern der Eine mit Hinterlassung Eines Kindes vor dem Erblasser stirbt und der Andere mit 10 Kindern ihn überlebt, dieser mit der Wirkung die Erbschaft repudire, daß ihn dessen 10 Kinder repräsentiren. Doch ist dies streitig[21]). Diesen Streit entscheiden folgende Bestimmungen;

c) „Enkel gelangen zur Erbfolge der Großeltern, auch wenn sie ihrer vorher verstorbenen Eltern Erben nicht geworden sind. —

---

16) L. 14 C. eodem.

17) Vergl. Strube, rechtl. Bedenken, Th. IV, No. 83.

18) Vergl. Schweppe, röm. Priv. R., Bd. V, §. 863 a. E.

19) Koch, success. ab intestato, §. 22; Stryk, de success. ab intestato, Diss. I, cap. 2, §. 33 sqq.

20) Koch l. c. §. 12, No. II.

21) Ibid. §. 78, No. IV, Schol. und die dort angeführten Schriftsteller.

Nicht weniger alsdann, wenn ihre Eltern von den Großeltern enterbt worden sind. — Ingleichen alsdann, wenn ihre Eltern der Erbschaft der Großeltern entsagt haben [22])." Bei der letzten Bestimmung, welche gegen die Grundsätze von der Erbfolge eines Entfernteren, zwischen welchem und dem Erblasser noch ein Näherer in der Mitte steht, und gegen die Grundsätze vom Zuwachsrecht verstößt, ist es von praktischer Wichtigkeit zu wissen, ob der Entferntere jure repraesentationis oder jure proprio miterbe. Im zweiten Falle könnte ein sehr reichlich ausgestattetes Kind jede Ausgleichung vereiteln; es dürfte nur entsagen und dadurch seinem Kinde Platz machen, proprio jure mitzuerben, ohne daß ihm etwas angerechnet werden könnte. Dieses muß schon nach einem aus allgemeinen Grundsätzen folgenden Schluß für unstatthaft erklärt werden; es ist aber aus den bereits vorgetragenen einzelnen Bestimmungen ([13]) auch unschwer zu erkennen, daß sie alle der Materie vom Repräsentationsrecht angehören. Somit ist das Ergebniß gewonnen, daß keineswegs, wie Suarez sagt, das Repräsentationsrecht in der absteigenden Linie abgeschafft worden ist. Dieses zu thun ist auch nicht beabsichtigt worden, man hat es mit Absicht nur vermieden, die Frage: ob die Enkel aus eigenem Rechte, oder als Stellvertreter ihrer Eltern erben, buchstäblich zu entscheiden, weil, wie gesagt worden (Vol. 73, fol. 500), der Gesetzgeber nur zu bestimmen habe, was gesetzlich und recht sein solle, und den Rechtsgelehrten die Entscheidung überlassen bleiben könne, ob sie dies ein Repräsentationsrecht nennen wollen oder nicht [23]). Mit dem hier gewonnenen Resultate befindet sich die Praxis im Einklange. Das Obertribunal sagt wörtlich: „Die §§. 348 flg., Tit. 2, Th. II des A. L.R. über die Erbfolge der Enkel und weiteren Abkömmlinge, sowie über deren Ausgleichung mit konkurrirenden Kindern ersten Grades, und verschiedene andere dabei einschlagende gesetzliche Vorschriften ergeben unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber überall von den Grundsätzen des Repräsentativsystems, oder aber von der Ansicht ausgegangen ist, daß Enkel und weitere Abkömmlinge bei der Erbfolge in jeder Beziehung ganz in die Stelle ihrer verstorbenen Eltern treten, und ein Mehreres, als was diesen gebührt haben würde, niemals in Anspruch nehmen dürfen. Dieses Grundprinzip läßt schließen, daß der Gesetzgeber auch hinsichtlich des Pflichttheils der Descendenten — —

---

22) II, 2, §§. 353—355.

23) Motive der Ges.-Rev., Pensum XV, S. 298.

nicht beabsichtigt haben könne: den Enkeln und weiteren Abkömmlingen aus dem Grunde, weil ihrer mehrere sind, die an die Stelle eines verstorbenen Kindes treten, ein größeres Pflichttheilsquantum zu bewilligen als dasjenige, welches auch das — Kind erhalten haben würde [24])."

2. In der aufsteigenden Linie findet gemeinrechtlich das Repräsentationsrecht gar nicht statt, vielmehr schließt der Nähere in einer Linie den Entferntern nicht allein in der eigenen, sondern auch in einer anderen Linie aus [25]). Diesen Grundsatz hat das Landrecht aufgenommen: „Unter den Verwandten in aufsteigender Linie, sie mögen allein oder mit Halbgeschwistern zugleich zur Erbfolge gelangen, schließt allemal der dem Grade nach nähere den entfernteren aus. — Sind mehrere gleich nahe Verwandte in aufsteigender Linie vorhanden, so erben dieselben die Portion dieser Linie zu gleichen Theilen [26])." Wenn also z. B. Vater und Mutter des Erblassers verstorben sind und Großvater und Großmutter von väterlicher Seite noch leben, von mütterlicher Seite aber nur noch die Großmutter lebt, so erhält jeder der gleich nahen Ascendenten einen Kopftheil.

3. In der Seitenlinie haben gemeinrechtlich nur die Kinder der Geschwister des Erblassers, gleichviel ob vollbürtige oder halbbürtige Geschwister, ein Repräsentationsrecht, vermöge dessen sie in derselben Klasse neben den Geschwistern ihres verstorbenen Parens zugleich succediren; die Enkel und weiteren Abkömmlinge gehören in eine nachstehende Ordnung [27]). Unter den entfernteren Kognaten wird lediglich nach der Nähe des Grades succedirt, so daß der Nähere den Entfernteren ausschließt, mit gänzlicher Ausschließung des Repräsentationsrechts; mehrere dem Grade nach gleich Nahe theilen nach Köpfen [28]).

Nach den Grundsätzen des Landrechts ist diese Repräsentation den Geschwisterkindern nicht nöthig, weil nicht nur sie allein, sondern auch alle weiteren Abkömmlinge der Geschwister des Erblassers, mit den Geschwistern zugleich, gemäß dem allgemeinen Successionsprinzip, in derselben Ordnung zur Erbschaft gerufen werden und eine Ausgleichung wegen empfangener Zuwendungen unter ihnen nicht stattfindet. Die Bestimmungen sind folgende:

---

24) Pr. 2057, vom 30. Oktober 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 311).

25) Novelle 118, Kap. 2. — Koch l. c. §. 44.

26) II, 2, §§. 497, 498.

27) Nov. 127, cap. 1; Nov. 118, cap. 3. — Koch l. c. §. 44 u. §. 80.

28) Koch l. c. §§. 96, 98; Stryk, de success. ab intestato, Diss. III, cap. 1, §. 26; Pufendorf, Obs., Tom. II, obs. 192; u. A.

„Sind von vollbürtigen Geschwistern einige oder alle, mit Hinterlassung von Abkömmlingen, vor dem Erblasser verstorben, so wird die Erbschaft nach den Linien getheilt. — In die Portion jeder Linie theilen sich die unter denselben stehenden Unterlinien, nach eben den Regeln, die bei der Erbfolge der Descendenten im zweiten Titel §§. 351—358 vorgeschrieben worden [29]."

Damit ist denn auch hier die Singularität eingeführt, daß auch die Abkömmlinge der Entsagenden an deren Stelle treten, was hier nicht paßt, da es hier ja nicht darauf ankommt, daß sie nur gerade das, was ihr Parens erhalten haben würde, wenn er Theil genommen hätte, erhalten; denn hier hat keiner sich etwas anrechnen lassen. Daher hat die weitere Bestimmung:

„So oft daher in Einer Linie eine dem Erblasser dem Grade nach näher stehende Person dessen Erbe nicht sein kann oder will, fällt ihr Erbrecht auf die von ihr abstammenden weiteren Descendenten [30],"

keinen juristischen Sinn, denn der weitere Descendent tritt ja nicht in das Erbrecht des Ausscheidenden, dessen Erbrecht fällt also nicht an ihn, sondern umgekehrt sein eigenes Erbrecht kommt dadurch, daß der im Wege Stehende ausfällt, zur Verwirklichung. Eben deshalb ist auch die nun folgende Bestimmung: „Wenn gleich Abkömmlinge von Geschwistern ihrer eigenen Eltern Erben nicht geworden sind, so hat doch dieses auf ihr Erbrecht" — nun wird wieder von ihrem Erbrecht gesprochen, während unmittelbar vorher gesagt ist, daß das Erbrecht des Entsagenden auf sie fällt — „in dem Nachlasse der Geschwister ihrer Eltern keinen Einfluß [31]," — ganz bedeutungslos. — Bei Halbgeschwistern soll das Gleiche gelten [32].

Bei Geschwistern von voller oder halber Geburt ist also das Repräsentationsrecht dadurch ausgeschlossen, daß auf sie die Linealfolge angewendet worden ist, vermöge welcher alle Abkömmlinge derselben „in infinitum" in derselben Ordnung zur Erbfolge berufen sind, daher hier für das Repräsentationsrecht kein Raum ist. Dem Verfasser hat ein klarer Gedanke gefehlt. Korrekter heißt es über denselben Gegenstand an einer anderen Stelle: „In den Linien selbst treten die Descendenten, ohne Unterschied des Grades, aus eigenem Rechte, an die Stelle ihrer Väter, wenn diese vor dem (Erb-

29) II, 3, §§. 37—38.

30) Ebenda §. 39.

31) Ebenda §. 40.

32) Ebenda §§. 41—44.

lasser) verstorben sind [33])." — Bei anderen Seitenverwandten ist das Repräsentationsrecht dadurch ausgeschlossen, daß der nähere Grad den entfernteren ausschließt, und Eltern, die vor dem Erblasser verstorben sind, niemals ihr Erbrecht auf ihre Kinder verfällen [34]).

## B. Von der Succession auf Grund der Geschlechtsgemeinschaft.

A. L.R. Th. II, Tit. 1, §§. 495—633 u. §§. 895—908.

### §. 92.

#### 1. Geschichtliche Einleitung.

Im germanischen Rechte finden sich keine allgemein gültigen Regeln behufs Bestimmung der Schicksale des Vermögens der Eheleute nach dem Tode des einen Ehegatten. Die Vermögensverhältnisse der Eheleute sind vielen Wandlungen unterworfen und haben sich außerordentlich mannigfaltig in den verschiedenen Gegenden Deutschlands gestaltet. Die daraus hervorgegangene große Verschiedenheit der Güterverhältnisse zwischen Eheleuten bewirkte eine eben so große Verschiedenheit der Rechte, welche dem überlebenden Ehegatten auf den Nachlaß des Vorverstorbenen eingeräumt wurden. Dazu kamen noch die römischen Bestimmungen über das Erbrecht der Ehegatten, wodurch sich jene Verschiedenheit noch steigerte, da die deutschen Ansichten sich neben dem römischen Rechte behaupteten. So gestaltete es sich, daß 1) an einigen Orten die römischen Vorschriften, nämlich das subsidiarische Erbrecht der Ehegatten ex edicto unde vir et uxor und das Erbrecht der armen Wittwe galten; 2) an anderen der Ueberlebende einen Kindestheil erhielt; 3) an anderen ein wechselseitiges Erbrecht der Ehegatten selbst so bestand, daß die Kinder ausgeschlossen waren; 4) wieder an anderen das System der statutarischen Portion herrschte, worunter man in einigen Gegenden überhaupt den Erbantheil, welchen der überlebende Ehegatte aus dem Vermögen des Vorverstorbenen erhält, in anderen Gegenden wieder den Antheil, welchen der Ueberlebende aus der vereinigten Vermögensmasse bekömmt, versteht; 5) endlich an anderen Orten der Ueberlebende den lebenslänglichen Nießbrauch der Gesammtmasse oder auch nur des Nachlasses des Vorverstorbenen erhielt [1]). Eine eingehende Beschäf-

33) I, 18, §. 393.

34) II, 3, §§. 48—50.

1) M. s. darüber Mittermaier, Grundsätze, (5. A.) §. 441 und die in den Noten 4 ff. angeführten Schriften.

tigung mit diesen verschiedenen partikularen Erbrechtssystemen würde für den hier vorliegenden Zweck unfruchtbar sein, von unserem Ziele weitab führen; denn es ist richtig, was Suarez sagt: jede Provinz, ja fast jede namhafte Stadt hat hierin ihre eigenen Gesetze und Statuten, die insgesammt darin übereinkommen, daß sie den überlebenden Ehegatten mehr als das römische Recht begünstigen[2]). Keins dieser verrschiedenartigen partikularistischen Systeme hat dem Landrechte zur Unterlage gedient, nur an das römische Recht haben die Verfasser für das preußische gemeine Recht sich angeschlossen, indem sie römisches Recht beizubehalten vermeinten und das Erbrecht der Ehegatten nur günstiger stellen wollten. Suarez giebt darüber folgende Erklärungen: „Das Gesetzbuch begünstigt überhaupt den überlebenden Ehegatten in der Succession aus den noch anzuführenden Gründen, mehr als das Jus Romanum. — Die Frau ist jetzt mehr als jemals Theilnehmerin an allen Schicksalen des Mannes, Mitgenossin aller Vorrechte und Lasten seines Standes und Berufs, Gehülfin nicht nur für Küche und Hauswirthschaft, sondern auch für die meisten seiner Berufsgeschäfte. Es ist also ganz widersinnig und gegen die Natur der Sache, wenn unsere Gesetzgebung den überlebenden Ehegatten bei der Materie von der Succession noch immer als einen Fremden behandelt, der, wenn er sich nicht durch Verträge prospicirt hat, den ganzen Nachlaß des zuerst Gestorbenen seinen oft sehr entfernten Verwandten und lachenden Erben überlassen muß, und nur kaum, wenn er Gefahr zu verhungern läuft, durch ein nothdürftiges Almosen aus dem Nachlasse dagegen geschützt wird[3]). Die Natur der Sache, das von vorgefaßten Meinungen noch nicht verdorbene Billigkeitsgefühl, und selbst das Interesse des Staats, fordern die Gesetzgebung auf, über die Succession der Eheleute andere, der Beschaffenheit dieser genauesten aller Verbindungen[4]) angemessenere Grundsätze einzuführen. Denn wer gewinnt wohl mehr, als der Staat, bei allem, was die Innig-

2) Jahrbücher, Bd. XLI, S. 124 unten.

3) Dies zielt auf das Erbrecht der armen Wittwe im Justinianschen Rechte.

4) Dies — die Innigkeit des ehelichen Verhältnisses — ist als das wahre gemeinsame Princip aller erbrechtlichen Bestimmungen in Beziehung auf Eheleute anzuerkennen. In einer Note zu §. 362, Th. I, Tit. 1 des Entw. (Bd. I, S. 90) heißt es: „Der Natur des genauen, innigen und festen Bündnisses, welches nach unseren Gesetzen zwischen Eheleuten, nicht nur in Rücksicht auf ihre Person und Neigungen, sondern auch auf ihre äußeren Schicksale und Interessen vorwalten soll, ist es gemäß, daß sie, auch bei der gesetzlichen Erbfolge, mehr als nach bisherigen gemeinen Rechten begünstigt, und entfernten Seitenverwandten, die mit dem Erblasser durch kein so inniges Band verbunden waren, vorgezogen werden."

keit und Festigkeit der ehelichen Verbindungen erhält und befördert? Aus diesem, wie ich glaube, sehr richtigen Gesichtspunkte ist die ganze Lehre de successione conjugum im Gesetzbuche bearbeitet worden [5])." — Wir kommen nun zu den römischen Bestimmungen über das Erbrecht der Eheleute und zu den ihnen im Landrechte zu Theil gewordenen Erweiterungen.

Nach altem Rechte gelangten Eheleute, ex edicto unde vir et uxor [6]), erst zur gegenseitigen Erbfolge in Ermangelung aller erbfolgefähigen Verwandten, oder wenn diese die Erbschaft ausschlugen und kein Testament vorhanden war. „Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quoties deficit omnis parentum, liberorumve, seu propinquorum legitima vel naturalis successio fisco excluso [7])." Dieses Erbrecht hat das Landrecht beibehalten, mit der Verbesserung, daß die Eheleute in der Erbfolgeordnung zwischen die Verwandten innerhalb des sechsten Grades und die entfernteren Verwandten geschoben sind. „Sind gar keine nahen Verwandten vorhanden, so erbt der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß [8])." Es ist selbstverständlich, daß das Gleiche gilt, wenn zwar nahe Verwandte vorhanden sind, jedoch alle die Erbschaft ausschlagen. — Justinian gab noch den dürftigen Ehegatten ein Erbrecht im Nachlasse des Anderen in certam partem mit den Blutsverwandten zugleich, wenn der Verstorbene reich war, indem er verordnete: „Wenn die Ehe ohne Mitgift bestand, der zuerst versterbende Ehegatte reich, der überlebende aber arm ist, soll letzterer zugleich mit den gemeinschaftlichen oder aus früheren Ehen vorhandenen Kindern, wenn es nur drei oder weniger sind, den vierten Theil erben; sind es mehrere, Kindestheil, jedoch so, daß den aus der Ehe vorhandenen Kindern das Eigenthum verbleibt. Sind aber keine Kinder vorhanden, oder hat er nie welche gehabt, so soll ihm dieser Erbtheil eigenthümlich gehören [9])." Dieses Erbrecht ist im Landrecht ohne Rücksicht auf Reichthum oder Armuth, auf beide Ehegatten ausgedehnt und darin verbessert, daß es allemal, selbst Kindern gegenüber eigenthümlich, und Ascendenten und Seitenverwandten gegenüber in größerer Portion gewährt ist. Das Gesagte bezieht sich

---

5) Jahrbücher, Bd. XLI, S. 119 unten, S. 121.

6) L. unica D. unde vir et uxor (XXXVIII, 11).

7) L. unica C. unde vir et uxor (VI, 18).

8) A. L.R. II, 1, §. 627.

9) Novelle 53, Kap. 6; Novelle 117, Kap. 5. — Vergl. Auth. Praeterea ad L. un. C. unde vir et uxor (VI, 18).

aber nur auf die rechte Ehe. Das Landrecht hat indeß noch eine andere Art Ehe eingeführt, die sogenannte Ehe zur linken Hand. Von dieser gelten andere Grundsätze, weshalb beide Ehen besonders zu betrachten sind. Das Erbrecht der Ehegatten setzt immer voraus, daß die Ehe gültig war und bis zum Tode des Einen von ihnen fortgedauert, erlischt also durch die Ehescheidung (§. 5, I, Nr. 2, lit. d), und durch die noch nachträgliche Nichtigkeitserklärung [10]).

### 2. Erbrecht der Ehegatten in einer rechten Ehe.

### §. 93.

#### a) Nach welchen Gesetzen.

Die Regel ist, daß nach den Gesetzen des letzten persönlichen Gerichtsstandes des Verstorbenen succedirt wird [1]). Der überlebende Ehegatte hat jedoch, wenn die Eheleute während der Ehe ihren Wohnsitz verändert haben, die Wahl: ob er nach den Gesetzen des letzten persönlichen Gerichtsstandes des Verstorbenen, oder nach den Gesetzen desjenigen Orts, wo die Eheleute zur Zeit der vollzogenen Heirath ihren ersten Wohnsitz genommen haben, erben wolle [2]). Zu diesem Grundsatze ist man erst nach wiederholten Berathungen gekommen; man hat damit die Verbesserung des Erbrechts der Eheleute im Vergleich zu dem gemeinrechtlichen, bezweckt. „Dieser Satz ist im Geiste des Gesetzbuchs, welches überhaupt den überlebenden Ehegatten in der Succession — mehr als das Jus romanum begünstigt. Er ist der Billigkeit besonders gegen die Frau gemäß, da sie solchergestalt durch eine oft unwillkürliche mutationem domicilii Successionsrechte nicht verlieren darf, auf welche sie, oder ihre Eltern oder Vormünder, bei Schließung der Ehe wirklich reflektirt, und eben um deswillen die Errichtung von Ehepakten für unnöthig gehalten hatten. Auch kann daraus gar keine Weitläuftigkeit oder Verwirrung entstehen, da der casus existentis communionis bonorum immer ausgenommen bleibt [3]).“ Daß die Wahl ausgeschlossen ist, wenn die Gütergemeinschaft unter den Eheleuten durch Vertrag eingeführt war, ist selbstverständlich, weil die Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge — und von dieser ist hier eben die Rede — nicht zur Anwendung kommen können, wenn die

---

10) II, 1, §§. 41—44; 977 flg. — Witte a. a. O. §. 30.

1) A. L.R. II, 1, §. 495. — Oben §. 3, I, Nr. 3.

2) A. L.R. II, 1, §. 496.

3) Suarez, Schlußvorträge in den Jahrbüchern, Bd. XLI, S. 119, und Bd. LII, S. 47, auch in m. Anm. 34 zu §. 496 d. T.

Eheleute die Erbfolge durch Verträge oder durch letzte Willensverordnungen bestimmt haben; nur in Ermangelung solcher Bestimmungen kommen die Gesetze über die Intestaterbfolge des letzten persönlichen Gerichtsstandes des Verstorbenen zur Anwendung und zwar zunächst die provinziellen oder örtlichen und subsidiarisch die allgemeinen [4]). Dies ist die Regel. Von derselben sind zwei Ausnahmen gemacht. Die eine Ausnahme besteht in der positiven Vorschrift, daß, wenn Eheleute während der Ehe ihren Wohnsitz verändert haben und an dem Orte, wo sie ihren ersten Wohnsitz nach der Eheschließung nahmen, die eheliche Gütergemeinschaft unter Eheleuten durch Provinzial- oder Lokalrecht eingeführt ist, die Eheleute auch diese Gütergemeinschaft unter sich nicht ausgeschlossen haben, alsdann die Erbfolge nach den Gesetzen des letzten Wohnortes ([4]) überhaupt nicht stattfindet [5]). Hierauf bezieht sich die Aeußerung Suarez' ([3]), daß „der càsus existentis communionis bonorum immer (von dem Wahlrecht des Ueberlebenden) ausgeschlossen bleibt.“ Diese positive Ausnahme gründet sich auf die Theorie, daß durch die einmal entstandene Kommunion jeder Ehegatte ein condominium auf das ganze Vermögen erworben habe, welches ihm ohne seine ausdrückliche Einwilligung nicht wieder genommen werden könne. Extra casum communionis aber habe kein Ehegatte ein gegenwärtiges und erworbenes Recht auf den Nachlaß des anderen; durch die Veränderung des domicilii werde ihm also auch kein jus quaesitum genommen. Der Mann, von dessen freiem Willen die Veränderung des Domicilii in der Regel abhänge, könne sich nicht beschweren, wenn er in ein Forum übergehe, wo die Successionsrechte ihm minder vortheilhaft seien; die Frau wisse es, indem sie die Ehe schließe, daß sie die Verbindlichkeit übernehme, dem Manne zu folgen, und dieser habe sich nirgends verpflichtet, sein Domicilium niemals zu verändern. Wollten die Eheleute, daß über ihre künftige Succession die Rechte ihres ersten Wohnsitzes gelten sollten, so möchten sie sich deshalb per pactum prospiciren; die Regel sei einmal, daß die Succession eines Menschen nach den Rechten seines letzten Wohnsitzes beurtheilt werden müsse, und es würde in vielen Fällen auf große und inextrikable Weiterungen führen, wenn man bei Eheleuten eine Ausnahme von dieser Regel statuiren wollte. — Dies sind die Gründe, mit welchen die Verf. des Landrechts der Opposition

---

4) Ebenda §. 495.

5) Ebenda §. 351.

gegen die Regel (¹), gegen welche man behauptet hatte, durch approbirte Konklusa der Gesetzkommission sei das Gegentheil angenommen und der Grundsatz etablirt worden: daß deficiente pacto dotali die Intestaterbfolge der Eheleute nach den Statuten des Orts regulirt werden müsse, wo der Ehemann zur Zeit der eingeschrittenen Ehe sein Domicilium gehabt, — entgegen traten, unter der einleitenden Bemerkung, daß jene Konklusa nur den Fall der communio bonorum, wo auch das Prinzipium beibehalten sei (⁵), betreffe [6]). — Allein diese Gründe sind dagegen gerichtet, daß dem überlebenden Ehegatten sein Recht aus der bestandenen Gütergemeinschaft nach Maßgabe des am ersten Wohnorte geltenden Rechts nicht gegen seinen Willen entzogen werden könne. Damit wird nicht bewiesen, daß er auch gegen seinen Willen an dieses Recht gebunden und ihm verwehrt sei, nach der Regel (¹) zu succediren. Darüber ist denn auch gestritten worden und das Obertribunal hat den Grundsatz angenommen: „Das in den §§. 495, 496 dem überlebenden Ehegatten verstattete Wahlrecht findet in dem Falle nicht Anwendung, sondern ist ausgeschlossen, wenn nach den Gesetzen des ersten Wohnortes die eheliche Gütergemeinschaft zwischen den Eheleuten eingeführt ist [7])." — Die zweite Ausnahme von der Regel (¹) besteht darin, daß, wenn an dem ersten Wohnorte der Eheleute keine Gütergemeinschaft eingeführt war, der Ueberlebende die Wahl hat: ob er nach den Gesetzen des letzten persönlichen Gerichtsstandes des Verstorbenen, oder nach den Gesetzen desjenigen Ortes, wo die Eheleute zur Zeit der vollzogenen Heirath ihren ersten Wohnsitz genommen haben, erben wolle (²). Hierbei ist wieder darüber Streit entstanden: ob diese Wahl auch dann frei stehe, wenn zwar am ersten Wohnorte nicht Gütergemeinschaft, sondern Dotalrecht gegolten habe, dagegen aber an dem letzten Wohnorte des Verstorbenen eheliche Gütergemeinschaft bestehe. Gegen die Zulässigkeit der Wahl ist gesagt worden, die Gütergemeinschaft könnten Eheleute an Orten, wo solche nicht gelte, nur durch einen Vertrag vor der Heirath unter sich einführen, und für den Fall der Veränderung des Wohnsitzes sei verordnet: „Wenn jedoch Eheleute ihren Wohnsitz von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft obwaltet, an einen anderen, wo dieselbe stattfindet, verlegt haben, so können sie sich derselben, auch in An-

6) Jahrbücher, Bd. LII, S. 47 u. m. Anm. 34 zu §. 496 des A. L.R. a. a. O.

7) Pr. 120, vom 29. August 1836 (Entsch. Bd. III, S. 45 u. Schles. Arch. Bd. IV, S. 55). Vergl. Entsch. Bd. XII, S. 430.

sehung der Erbfolge, durch einen Vertrag unterwerfen [8])." Deshalb sei in einem solchen Falle, wenn Eheleute aus ihrem ersten Wohnorte, wo Dotalrecht gilt, übersiedeln nach einem Orte, wo statutarische Gütergemeinschaft besteht, und sie dereinst nach diesem Lokalrecht sich beerben wollten, ein Vertrag zwischen ihnen nothwendig. Das hat nach dem Wortlaute des Gesetzes etwas für sich. Es ist nicht einzusehen, wozu die Eheleute erst einen besonderen Vertrag zur Einführung der Gütergemeinschaft unter sich behufs der Erbfolge schließen sollen, wenn es dem Ueberlebenden von Rechtswegen freisteht, diese Erbfolge ohne Weiteres zu wählen. Allein der Zusammenhang der betreffenden Bestimmungen ist zerrissen. Der gedruckte Entwurf hatte keine Bestimmung über die Frage: nach welchen Rechten die Succession eines überlebenden Ehegatten geregelt werde. Im umgearbeiteten Entwurfe Tit. 1, §. 480 wurde der Grundsatz des jetzigen §. 495 ([1]) aufgenommen und dieser veranlaßte jene Opposition ([6]), in Folge welcher konkludirt wurde: „der überlebende Ehegatte hat die Wahl: ob er ex legibus fori tempore mortis, oder tempore initi matrimonii succediren wolle." Daraus entstand der §. 496 über die Wahl ([2]). Das stimmte nun nicht zu den Vorschriften über die Gütergemeinschaft. Dort fand sich im umgearbeiteten Entwurfe im

§. 344 die Bestimmung des heutigen §. 351, im

§. 345 die Bestimmung des heutigen §. 352, und im

§. 346 die Bestimmung, daß in Ansehung der Erbfolge der Eheleute allemal die Rechte des ersten Wohnsitzes gelten sollten, wenngleich solcher in stehender Ehe verlegt worden.

Suarez bemerkte daher a. E. seiner Widerlegung der gegen die Regel ([6]) eingegangenen Monita: „Die Antinomie aber mit §§. 344, 345, 346 wird dort zu korrigiren sein." Der §. 346 ist demnächst fortgelassen, aber die Korrektur ist doch inkorrekt ausgefallen, der heutige §. 355 hätte ebenfalls wegbleiben können. Das Obertribunal hat jenen Streit, nach Lage der Gesetzgebung richtig, dahin entschieden, daß in dem Falle, wenn Eheleute während der Ehe ihren Wohnsitz von einem Orte, wo Dotalrecht gilt, an einen Ort, wo Gütergemeinschaft gilt, verlegt haben, ohne durch Vertrag oder letzte Willensverordnung über ihre Erbfolge etwas zu bestimmen, beim Tode des einen Ehegatten der Ueberlebende verlangen kann, daß wegen der Erbfolge und Auseinandersetzung mit den gesetzlichen

---

8) A. L.R. a. a. O. §. 355.

Erben des Verstorbenen nach den am Sterbeorte geltenden Grundsätzen der ehelichen Gütergemeinschaft verfahren werde [9]). Aus dem Vorgetragenen ergeben sich folgende Sätze:

1. Von der allgemeinen Regel: „daß die Succession eines Menschen nach den Rechten seines letzten Wohnorts beurtheilt werden müsse" [10]), gelten für die Erbfolge unter Eheleuten zwei Ausnahmen, nämlich:

a) Wenn die Eheleute in ehelicher Gütergemeinschaft lebten, weil an dem Orte, wo sie zur Zeit ihrer Verheirathung ihren ersten Wohnsitz genommen hatten, die Gütergemeinschaft gilt, welche sie nicht durch Vertrag ausgeschlossen hatten, und wenn sie dann während der Ehe ihren Wohnsitz an einen Ort, wo nicht Gütergemeinschaft oder nicht die gleiche wie am ersten Orte gilt, verlegten und hier der Eine stirbt, so kommen die Gesetze des ersten Ortes zur Anwendung.

b) Wenn die Eheleute ihren ersten Wohnsitz an einem Orte hatten, wo Dotalrecht gilt und sie während der Ehe ihren Wohnsitz veränderten, so hat der Ueberlebende die Wahl: ob er nach den Gesetzen des letzten persönlichen Gerichtsstandes des Verstorbenen, oder nach den Gesetzen desjenigen Ortes, wo die Eheleute zur Zeit der vollzogenen Heirath ihren ersten Wohnsitz genommen haben, dem Verstorbenen succediren wolle; es macht keinen Unterschied, ob an dem Sterbeorte gleichfalls Dotalrecht gilt, oder ob Gütergemeinschaft unter den Eheleuten besteht [11]).

2. In allen Fällen kommen zuerst die Lokalgesetze, nach diesen die Provinzialgesetze, und erst in deren Ermangelung oder Unzulänglichkeit die Vorschriften des Landrechts zur Anwendung [12]), nach

9) Erk. vom 29. Januar 1858 (Entsch. Bd. XXXVII, S. 202 flg.).

10) Dies sind Worte der Verf. des Landrechts in den Schlußverhandlungen bei der Abfassung des Gesetzbuches zu §. 495 (oben Note 6), welchen noch hinzugefügt ist: „und es würde in vielen Fällen auf große und inextrikable Weiterungen führen, wenn man bei Eheleuten eine Ausnahme von dieser Regel statuiren wollte." Diese Erklärung ist eine authentische, welche der Meinung der Gegner dieser Regel geradezu widerspricht.

11) Dieser Satz gehört nicht zu den suspendirten. Pr. des Obertr. 1347, vom 9. October 1843.

12) In dem vorhin angegebenen Rechtsfalle (Note 9) hatte das Gericht erster Instanz angenommen, daß, weil der Erblasser, der seine Ehe an einem (ausländischen) Orte, wo römisches Recht galt, geschlossen hatte, im Preußischen an einem Orte, wo statutarische Gütergemeinschaft bestand, gestorben sei, die Successionsordnung in dessen Nachlaß nach dem gemeinen preußischen Rechte, nicht nach dem Lokalrechte, erfolgen müsse, wegen der Regel des §. 495. Denn der Umstand, daß die Eheleute von dem Orte, wo römisches Recht gelte, nach dem Orte, wo die Gütergemeinschaft eingeführt sei, verzogen, könne die Successionsordnung des preußischen Rechts nicht ändern, weil zur Begründung der Güter-

welchen auch die dunkeln Vorschriften solcher Provinzial- oder statutarischen Gesetze erklärt werden sollen[13]), obgleich das Landrecht oft von ganz entgegengesetzten Grundsätzen ausgeht.

Die prozessualische Behandlung eines solchen Erbfalles, wo dem hinterbliebenen Ehegatten möglicherweise eine Wahl zwischen verschiedenen Erbfolgegesetzen zustehen kann, erfordert nicht eine vorgängige Klage der Intestaterben gegen den überlebenden, im Besitze der Erbschaft befindlichen Ehegatten, welcher sich nicht vernehmen läßt, auf Vornahme der Wahl; denn ein ausgewirktes günstiges Urtheil würde unausführbar sein und keinen Schritt weiter bringen. Vielmehr haben die Intestaterben, wenn ihnen ihr Erbrecht an sich nicht bestritten wird — sonst müßten sie die präjudizielle Erbschaftsklage anbringen und begründen — mit Zugrundelegung der Vorschriften desjenigen Rechts, welches sie für anwendbar halten, bei dem Erbschaftsrichter auf Theilung und darauf anzutragen, zum Behufe der Erbtheilung von dem Ehegatten ein gehöriges Inventarium und Administrationsrechnung einzufordern[14]). Darauf erfolgt entweder die entsprechende materielle Erklärung und Genügeleistung: dann nimmt die Erbsonderung ihren ordentlichen Verlauf; oder der Erbschaftsbesitzer läßt es stillschweigend darauf ankommen: dann wird mit Zwangsmaßregeln gegen ihn, auf Andringen auch nur Eines der Miterben[15]), vorgegangen; oder er widerspricht: dann wird die Sache behufs richterlicher Entscheidung zur Verhandlung verwiesen.

## §. 94.

### b) Nach Provinzial- oder statutarischen Rechten.

A. L.R. Th. II, Tit. 1, §§. 495—499, 502—539; §§. 634—664.

Zu unterscheiden ist: ob nach dem zur Anwendung kommenden Rechte unter den Eheleuten Gütergemeinschaft bestanden hat, oder nicht; nur nach Partikulargesetzen können Eheleute von Rechts wegen in Gütergemeinschaft leben[1]).

I. Die bei gezweiter Ehe dem überlebenden Ehegatten in den Provinzial- oder statutarischen Gesetzen zugewiesene Portion der Ver-

---

gemeinschaft im vorliegenden Falle ein Vertrag nothwendig gewesen wäre, zufolge des (besprochenen überflüssigen und irreführenden) §. 355. Diese Auffassung ist denn eben von dem Obertribunale verworfen. (Entsch. Bd. XXXVII, S. 209.)

13) A. L.R. a. a. O. §§. 500 u. 538.

14) A. G.O. Th. I, Tit. 46, §. 7.

15) Erk. des Obertrib. vom 25. Februar 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 213).

1) A. L.R. II, 1, §§. 345—351.

lassenschaft des Vorverstorbenen hat dieselbe rechtliche Natur wie der Erbtheil, welchen das Landrecht dem hinterbliebenen Ehegatten zuweiset, sie ist gleichfalls ein Erbtheil. Die verschiedenen Partikularrechte und auch die Schriftsteller stimmen nicht überein, ob die statutarische Portion ein Pflichttheil sei, oder nicht. Auch die Verfasser des Landrechts schwankten in der Entscheidung dieser Frage. Der gedruckte Entwurf [2]) hatte den Satz: „Die durch Provinzialgesetze und Statuten den überlebenden Ehegatten ausgesetzte Portion kann durch Testamente vermehrt, vermindert, oder gar genommen werden, wenn nicht die Provinzial- oder statutarischen Gesetze ein anderes ausdrücklich verordnet haben." Das Landrecht dreht den Satz um, indem es verordnet: „In zweifelhaften Fällen gilt die Vermuthung, daß der dem überlebenden Ehegatten durch solche Gesetze bestimmte Erbtheil demselben durch Testament nicht geschmälert oder genommen werden könne [3])." Die Rechtslage ist hiernach die, daß in jedem gegebenen Falle aus dem Inhalte des zur Anwendung kommenden Statutes thatsächlich festgestellt werden muß: ob der darin dem überlebenden Ehegatten zugewiesene Erbtheil als Pflichttheil zugedacht ist. Gelangt der Richter darüber zu keiner Ueberzeugung, so kann dies in zwei verschiedenen Umständen seinen Grund haben. Der eine kann der sein, daß darüber das Statut gar nichts enthält, z. B. wenn es ohne Weiteres bestimmt: „Die hinterbliebene Ehefrau erhält Ein Drittel des Nachlasses, die Verwandten erhalten zwei Drittel." Dabei wird der Richter keinen Zweifel haben, daß darin über die rechtliche Natur dieses Erbtheils: ob es Pflichttheil sei oder nicht, gar nichts steht, die Vorschrift ist ganz klar, von einer Dunkelheit findet sich keine Spur. Für diesen Fall kommt die Vorschrift des Landrechts zur Anwendung: „Sind wegen der Erbfolge der Eheleute keine oder nicht hinreichende Bestimmungen in den Provinzial-Gesetzbüchern oder Statuten enthalten: so soll nach folgenden allgemeinen Vorschriften verfahren werden [4]);" und unter diesen heißt es: „Die Hälfte der durch das Gesetz dem überlebenden Ehegatten bestimmten Erbportion ist als ein Pflichttheil anzusehen [5])." Der andere Umstand kann der sein, daß sich in dem Statut Bestimmungen finden, die sich zu Gunsten des Pflichttheils deuten lassen, die jedoch wegen ihrer Dunkelheit den Sinn zweifelhaft machen.

2) Th. I, Tit. 1, §. 332, Bd. I, S. 85.

3) II, 1, §. 497.

4) Ebenda §. 500.

5) Ebenda §. 631.

Hier tritt die Bestimmung des §. 497 (3) als eine letzte Interpretationsregel ein; eine andere Bedeutung hat sie nicht. Ist es festgestellt, daß die statutarische Erbportion Pflichttheil sei, so gilt davon Folgendes:

1. Die statutarische Portion ist, gleich dem gemeinrechtlichen Pflichttheil, als Universal-Succession anzusehen [6]).

2. Auf diese Portion kann angerechnet werden, was dem Ueberlebenden mit Rücksicht auf dieselbe von dem Verstorbenen gegeben oder angewiesen worden ist, weil der Verstorbene dem Pflichttheilsberechtigten eben nur den Pflichttheil, gleichviel unter welchem Titel, zu gewähren schuldig ist. Darüber kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

3. Hat der Verstorbene in einem hinterlassenen Testamente dem überlebenden Ehegatten weniger als die statutarische Portion zugedacht, oder dieselbe belastet, so kann der Ueberlebende die Ergänzung des Fehlenden aus dem übrigen Nachlasse, beziehungsweise die Entlastung von Auflagen oder die Befreiung von Bedingungen fordern; ein weiter gehender Angriff gegen das Testament oder gar eine Umstoßung desselben ist unzulässig.

4. Der Ueberlebende kann nicht verlangen, daß zur Ausmittelung seines Erbtheils die zum Nachlaß gehörigen Grundstücke subhastirt werden; er muß sich begnügen, daß dieselben bei der Berechnung nach dem Betrage einer davon nach den bestehenden Grundsätzen vorschriftsmäßig aufzunehmenden Taxe zur Anrechnung gebracht werden [7]).

5. Der statutarische Erbtheil kann dem überlebenden Ehegatten durch Testament geschmälert oder ganz entzogen werden, wenn er sich solcher Handlungen, die eine Entscheidung begründen würden, hat zu Schulden kommen lassen, d. h. durch Verschuldung Ursache gegeben hat, welche den Verstorbenen zur Scheidung berechtigt haben würde [8]). Hierdurch ist zugleich die Frage: ob der eine Ehegatte ohne Mitwirkung des Andern über seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Vermögen testiren könne, bejahend entschieden. Dabei kann es aber zufällig doch kommen, daß die Absicht des Testators, den schuldvollen Ehegenossen als einen Unwürdigen von seinem

---

6) Vergl. Witte, Intestaterbrecht, §. 24, S. 94.

7) Pr. des Obertrib. 2047, vom 2. September 1848 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IV, S. 311). — Vergl. m. Anm. 52 zu §. 89, Tit. 17, Th. I, u. Anm. 79 zu §. 433, Tit. 2, Th. II des A. L.R.

8) A. L.R. a. a. O. §. 499. Vergl. §§. 631, 632 u. §§. 696—699.

Vermögen ganz auszuschließen, völlig vereitelt wird. Dieser Fall tritt ein, wenn ein reicher Mann eine ganz arme Frau heirathet, die demnächst, wer weiß wie oft, die Ehe bricht. Was frägt diese darnach weiter, wenn sie von ihrem Manne ganz enterbt wird, sie ist durch die Hälfte des ganzen Vermögens, zu welchem sie nicht einen Groschen eingebracht hat, noch immer eine reiche Frau. Dieser Uebelstand führt zu einer weitern Frage. Hätte der Testator sich von seinem treulosen Weibe scheiden lassen, hätte er das öffentliche Aergerniß einer solchen Scheidung nicht gescheut, so würde er sie eben so arm haben ziehen lassen können, wie sie zu ihm gekommen [8a]). Soll nun eine solche Frau dadurch gewinnen, daß der Testator aus Anstandsgefühl ihr den Scandal einer förmlichen Scheidung erspart hat? Soll ihm nicht das Recht zustehen, in seinem Testamente, neben der Enterbung der Frau, auch die Absonderung der Güter anzuordnen? Ja, darüber findet sich keine Entscheidung. Der Erstreckung jenes Grundsatzes ([8a]) auf diesen Fall durch Auslegung steht der Umstand nicht entgegen, daß andere deutsche Statuten eine solche Ausdehnung nicht unterstützen; denn die Unterstützung muß ganz natürlich fehlen, weil andere deutsche Statuten jenen Grundsatz ja überhaupt, auch bei der Ehescheidung, nicht kennen. Allein die Ausdehnung würde doch immer Ausfüllung einer Lücke im Gesetze, mithin ein Eingriff in die Thätigkeit des Gesetzgebers sein, der vielleicht, wenn er selbstthätig geworden wäre, ganz anders entschieden hätte. Deshalb wird dem Testator die in Rede stehende Befugniß nicht zuerkannt werden können. Gemeinrechtlich fehlt es nicht an einer Meinung, welche doch dafür ist [8b]).

II. Für den Fall, daß unter den durch den Tod getrennten Eheleuten Gütergemeinschaft nach Partikularrecht oder Vertrag bestanden haben sollte, schreibt das Landrecht eine subsidiäre Successionsordnung vor, sowohl in Beziehung auf die Gemeinschaft der Güter oder der universellen Gütergemeinschaft (communio bonorum), als für den Fall der Gemeinschaft des Erwerbes oder der Errungenschaft (communio acquestus). Von jeder ist besonders zu handeln.

A. Die rechtliche Natur der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft findet sich im Landrecht ebenso wenig ausgesprochen, noch in einem bestimmten Prinzipe konsequent durchgeführt,

---

8a) Ebenda §. 811 u. flg.

8b) Lange, Gütergemeinschaft, S. 267.

als man gemeinrechtlich über ein vorherrschendes Prinzip dieses Vermögensverhältnisses einig ist. Nach einer Meinung soll die Gütergemeinschaft des preußischen Rechts auf dem Prinzipe einer der Ehegenossenschaft als solcher innewohnenden juristischen Persönlichkeit beruhen[9]), nach Anderen soll ihr die Idee des deutschen Gesammteigenthums zum Grunde liegen[10]). Noch Andere finden in der preußischen Gütergemeinschaft ein römisches Kondominium, ein condominium in solidum nach ideellen Antheilen, pro indiviso[11]), wonach denn folgerecht dem Ueberlebenden eine Hälfte des Gesammtvermögens zufällt und die andere Hälfte als Gegenstand oder Inhalt der Erbschaft nach dem Verstorbenen betrachtet wird[12]). Die Verf. des Landrechts verweisen auf das Lübische Recht, ohne sich über die im Sinne gehabten Prinzipien auszusprechen. „Die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten ist zwar nicht Gemeinen Rechtens, sie findet aber, ob zwar unter sehr verschiedenen Bestimmungen und Gestalten, in den meisten königl. Provinzen statt. Da nun die darüber vorhandenen Provinzialgesetze größtentheils sehr dunkel, unvollständig und unbestimmt sind, so hat man nöthig gefunden, die allgemeine Theorie dieser wichtigen Lehre, besonders auf den Grund des Lübischen Rechts, näher auseinanderzusetzen, und Bestimmungen einzuführen, wodurch die aus der Kommunion sonst so häufig entstehenden Prozesse verhütet werden können[13]).“ Allein das Lübische Recht selbst ist über die rechtliche Natur der ehelichen Gütergemeinschaft nicht klar und in der Anwendung seines Prinzips schwankend, woraus denn natürlich Ansichten hervorgegangen sind, die von einander verschieden abweichen[14]). Indeß ist nicht zu bezweifeln, daß die Verf. des Landrechts das römische Kondominium im Sinn gehabt haben. Denn Suarez sagt in den Schlußverhandlungen bei der Abfassung des Gesetzbuchs: „Durch die einmal

---

9) Dies findet Eichhorn in den §§. 360 flg. d. Tit. M. s. Einl. in das deutsche Privatrecht, §. 298 (4. A. §. 300), Note d.

10) Mittermaier sagt in den Grundsätzen rc. (5. A.) §. 443, Note 8: „An Orten, wo die Idee des Gesammteigenthums siegte, z. B. nach preuß. Landrecht §§. 637—642, erhält der Ueberlebende zuerst die Hälfte des Ganzen jure dominii, und von dem Antheil des vorverstorbenen Ehegatten erhält er die statutarische Portion.“ Vergl. §. 403, Nr. II a. E. Aber nach dem Prinzip des Gesammteigenthums und den daraus folgenden Regeln der Konsolidation mußte er durch den Wegfall der Genossen das Ganze jure dominii erhalten, wie beim Zuwachsrechte.

11) Im Sinne der L. 25, §. 1 D. de verbor. signif. (L, 16).

12) Witte, Intestaterbrecht, §. 20, S. 80, 81, 82 u. §. 25, S. 98.

13) Anm. zu §. 237, Th. I, Tit. 1, S. 72 des gedr. Entw.

14) Mevius, Commentar. in jus Lubec. L. I, tit. 5, Art. 5, Nr. 15—29.

entstandene Kommunion hat jeder Ehegatte ein Condominium auf das ganze Vermögen erworben, welches ihm ohne seine Einwilligung nicht wieder genommen werden kann[15]);" und außerdem schreibt das Landrecht jedem Ehegatten ein „Miteigenthum" an den in Gemeinschaft gebrachten Grundstücken ausdrücklich zu, welches auf Verlangen eingetragen werden muß[16]). Allein konsequent durchgeführt ist diese Auffassung nicht.

1. Wird die Ehe durch den Tod eines Ehegatten beendet, so ist diejenige Gemeinschaft, deren Grundlage und Bedingung die Ehe war, erloschen[17]). Ob nun ein Nachlaß und mithin eine Erbschaft da sei, ist in Beziehung auf solche Statuten, wo das Prinzip des deutschen Gesammteigenthums herrscht und demzufolge nunmehr der Ueberlebende, mit Ausschließung aller Verwandten des Verstorbenen, Alleinherr geworden, streitig. Nach einer Meinung giebt es hier keinen Nachlaß, der Ueberlebende ist auf dem Wege der Konsolidation Eigenthümer des Ganzen geworden, die einzige Veränderung besteht darin, daß an die Stelle der beiden Eigenthumsgenossen jetzt der Ueberlebende als Alleineigenthümer getreten ist[18]). Kinder succediren erst, wenn der überlebende Parens stirbt und finden dann in dessen Nachlaß zugleich die Erbschaft nach dem erstverstorbenen Parens. Ausnahmsweise kann der Ueberlebende von Rechts wegen gezwungen werden, die Kinder noch bei seinem Leben abzuschichten. Andere finden doch auch hier einen Nachlaß, welcher sich auf die dazu berufenen Personen vererbt, und schreiben den Eintritt des überlebenden Ehegatten in das Ganze, mit Ausschließung aller Verwandten, einem Vorzug desselben vor den Verwandten in der Erbfolge zu[19]). Diese Meinungsverschiedenheit kann da nicht vorkommen, wo, wie nach preußischem Rechte, das Prinzip des Kondominiums vorherrscht.

2. Bei dem Kondominial-Prinzip ist unzweifelhaft nach dem Tode eines der Ehegatten ein Nachlaß da, und, weil er durch den Tod einer Person entstand, auch eine Erbschaft, in welche Andere

---

15) Jahrbücher, Bd. LII, S. 47. Vergl. die im Jur. Wochenbl. 1840 S. 620 angef. Bem. von Suarez.

16) II, 1, §§. 365, 373. Vergl. §§. 653, 654.

17) Ebenda §. 634. „Die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten wird durch den Tod des Einen von ihnen geendigt."

18) Scherer, von der Gütergemeinschaft, Th. I, S. 175; Runde, Grundsätze des gem. d. Privatrechts, §. 607.

19) Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorien v. d. ehel. Gütergemeinschaft (Kiel, 1808) S. 93 u. 136; Mittermaier in der Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. II, S. 332—335.

zu succediren berufen sind. Die rechtliche Natur desjenigen Verhältnisses zwischen dem überlebenden Ehegatten und den zur Erbschaft mit berufenen Verwandten des Vorverstorbenen, welches mit dem Augenblicke der Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft eintritt und bis zur Auseinandersetzung des Ueberlebenden mit den Erben dauert, ist besonders im Falle der Konkurrenz mit Kindern verschieden aufgefaßt worden. Nach der früher gewöhnlichen Meinung wird angenommen: „Da die Eheleute während der Ehe schon ein condominium pro indiviso über die gemeine massam bonorum haben; so kontinuirt dieses condominium auch nach dem Tod, nur mit der Distinktion, daß die Kinder in die Stelle des Verstorbenen treten, und somit das Vermögen zwischen dem Ueberlebenden und denen Kindern gemein wird, et perinde habetur et judicatur ac si defunctus adhuc superstes esset [20]). — Dieses wird die fortdauernde Gemeinschaft, communio bonorum prorogata genennet [21])," im Gegensatz zur communio bonorum ordinaria. Andere Juristen hielten das Bestehen, also auch Fortbestehen einer ehelichen Gütergemeinschaft ohne rechtmäßige Ehe für juristisch unmöglich und verwarfen die ganze Lehre von der prorogirten Gütergemeinschaft als eine grundlose Erfindung der Juristen [22]). Nach diesen ist hier wieder, in dem Falle nach dem Tode eines Ehegatten, der Kinder aus der Ehe hinterläßt, ein Nachlaß vorhanden, der vererbt werden soll [23]), also eine Art communio incidens, die jedoch mehrere Eigenthümlichkeiten hat.

Die Meinungsverschiedenheit über die rechtliche Natur des in Rede stehenden Verhältnisses hat sich auf die preußischen Juristen vererbt. Was die Auffassung der Verf. des A. L.R. betrifft, so sollen die Materialien und namentlich die umständliche Widerlegung der gegen den Entwurf §§. 479—484 eingegangenen Monita von Seiten Suarez's (Rev. mon. fol. 350) deutlich beweisen, daß die §§. 653—660 d. T. zwischen den überlebenden Ehegatten und den Verwandten des Verstorbenen nicht die Fortsetzung einer wahren Gütergemeinschaft, sondern nur ein Miteigenthum, wie solches bis zur

20) Mevius ad Jus Lub. P. II, tit. 2, art. 8, nr. 6.

21) Lange, Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter, Hauptstück 8, §. 3; Weyer, de communione prorogata, P. 2, S. 237 u. flg.; Runde, Grundsätze 2c., §§. 608 a.

22) Klöntrup, Gemeinschaft der Güter, S. 212, 213, 242; Pfizer, Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber 2c., Th. I, §. 77, S. 126 u. A.

23) Vergl. Mittermaier, in der Zeitschr. f. Rechtswissenschaft, Bd. II, S. 337, No. V.

wirklichen Auseinandersetzung auch andere Miterben bei nicht bestandener Gütergemeinschaft an der zu theilenden Masse haben, anordnen. Daß mehrere Statuten eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft auch nach dem Tode des einen Ehegatten gestatten, stehe dem Allg. Landrechte nicht entgegen, da dies nur dann zur Anwendung komme, wenn die Statuten gar keine Bestimmungen über den zu entscheidenden Fall enthielten, oder wenn sie dunkel seien, und jene Statuten darin nicht allgemein gemacht zu werden verdienten[24]). Hiergegen hat jedoch eine Bestimmung der Vormundschaftsordnung den alten Zwiespalt erneuert. Dort heißt es im §. 410, II, 18: „Hat die überlebende Mutter der Pflegebefohlenen mit dem Vater derselben in der Gütergemeinschaft gelebt: so steht ihr frei, auf deren Fortsetzung mit den noch nicht abgefundenen Kindern anzutragen. (Tit. 1, §. 634 sqq.)" Dort wird gesagt, daß die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten durch den Tod des Einen von ihnen geendigt wird; was für ein Verhältniß nun eingetreten sei, wird nicht gesagt, es folgen nur Bestimmungen über die Auseinandersetzung und gewiß ist, daß nicht erst diese Auseinandersetzung der ehelichen Gemeinschaft ein Ende macht, sondern daß dieselbe schon durch den Tod des Einen der Ehegatten aufgehört hat. Die Verweisung in dem §. 410 auf diese Vorschriften hat daher keinen anderen juristischen Sinn, als daß der überlebende die Suspendirung der hier vorgesehenen Auseinandersetzung, also ein Beharren in dem nun bestehenden Verhältnisse verlangen kann. Dieses Beharren in demselben ist keine Fortsetzung der Gütergemeinschaft des nicht mehr vorhandenen Ehepaars, denn diese Gemeinschaft ist eben durch den Tod des Einen erloschen, sonst würde sie ja bis zur erfolgten Auseinandersetzung, über welche Jahre hingehen, fortgesetzt werden, auch wenn der überlebende Ehegatte gar nicht die Aussetzung derselben verlangt. Sagt nun der §. 410: die überlebende Mutter könne auf Fortsetzung der Gütergemeinschaft antragen, so kann darunter nicht die Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft verstanden werden, weil kein Zustand, kein Verhältniß fortgesetzt werden kann, welches bereits untergegangen ist und der Vergangenheit angehört; nur von einer neuen Errichtung ließe sich sprechen und diese ist hier unmöglich, weil Niemand mit seinen Kindern eine eheliche Gütergemeinschaft errichten kann, so wenig wie er mit ihnen eine Ehe eingehen kann. Daraus ergiebt sich, daß der §. 410 auf die Fortsetzung derjenigen Gemeinschaft, in welche sich die eheliche Güter-

24) Motive der Ges.-Revis. Pens. XVI, S. 274.

gemeinschaft durch den Tod des Einen der Eheleute ipso jure verwandelt hat, zu beziehen ist. Die Fassung des §. 410 ist aus einem unklaren Gedanken geflossen. Diesen §. 410 hat man dazu benutzt, im preußischen Rechte eine wahre communio bonorum prorogata conjugalis zu gründen. Das Justizministerium unter v. Goldbeck hatte in einem Reskr. vom 5. Mai 1804 das Pupillen-Kollegium zu Münster beschieden, daß unter der im §. 410 zwischen der Mutter und deren Kindern, auf den Antrag der erstern, fortzusetzenden Gütergemeinschaft die wahre eheliche Gütergemeinschaft zu verstehen sei, und von dieser prorogata communione bonorum alles das gelte, was von jener vorgeschrieben sei. Hiergegen remonstrirte das Pupillen-Kollegium. „Es bleibt uns zuvörderst unerklärbar, warum bloß der Mutter eine so bedeutende Befugniß eingeräumt worden, die eheliche Gütergemeinschaft in ihrem ganzen Umfange mit ihren Kindern zu prorogiren. Dem Vater ist dieses Recht nirgend zugestanden und die Rechte des Vaters sind doch sonst weit ausgedehnter als die der Mutter. In Absicht des Vaters bleibt es also bei der Regel, daß (nach §. 634, II, 1) mit dem Tode der Mutter die eheliche Gütergemeinschaft aufhört, nur daß derselbe ebenso wie auch außer dem Falle der ehelichen Gütergemeinschaft, nach II, 18, §. 414, nur in den Fällen, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, oder für das Vermögen der Kinder Sicherheit leisten muß, zu Auseinandersetzung angehalten werden kann. Das ganze Vorrecht des Vaters schränkt sich also bloß darauf ein, daß derselbe sich nicht auseinanderzusetzen braucht, und also bei vorhanden gewesener ehelicher Gütergemeinschaft mit seinen Kindern in Gemeinschaft des beim Absterben seiner Ehefrau vorhanden gewesenen gemeinschaftlichen Vermögens bleibt. Dies ist aber keine communio bonorum universalis, sondern nur diejenige Kommunion, welche bei einer ungetheilten Nachlassenschaft zwischen den Theilnehmern vorhanden ist. Es wird uns daher immer einleuchtender, daß eigentlich die Absicht des Gesetzgebers in dem §. 410 bloß dahin gegangen sei, der Mutter — nur das Recht einzuräumen, die Auseinandersetzung abzulehnen, und sie insoweit mit dem Vater in gleiche Parallele zu stellen; und daß die Zweideutigkeit des §. 410 bloß dadurch entstanden sei, daß die vorhanden gewesene eheliche Gütergemeinschaft nicht deutlich von derjenigen Kommunion, worin die überlebende Ehegattin durch den Tod ihres Mannes mit dessen Erben gesetzt wird, und die sich bloß auf das beim Ableben desselben vor-

handen gewesene Vermögen einschränkt, unterschieden worden. Dies wird auch noch dadurch bestätigt, daß in den auf den §. 410 folgenden Gesetzen überall nur bloß bestimmt wird, wann der Vormund auf die Auseinandersetzung antragen könne, und nicht von der Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft geredet wird. — Es ist auch zum andern unerklärlich, daß diese prorogatio communionis bonorum conjugalis bloß in der Vormundschaftsordnung vorkommt, und daß nur gegen die minderjährigen Kinder, nicht auch gegen die großjährigen, der Mutter die Befugniß, die Gemeinschaft der Güter zu prorogiren, gestattet worden ꝛc." Dieses letzte Bedenken ist zwar nicht buchstäblich richtig, denn der §. 410 spricht nur von nicht abgefundenen Kindern, dergleichen auch großjährige sein können. Dadurch verliert dasselbe jedoch nicht sein Gewicht, weil dieses darin liegt, daß die Vormundschaft nicht die Materie sei, in welcher materielle Bestimmungen über die rechtliche Natur der s. g. communio prorogata zu treffen gewesen wären, daher solche auch nicht in den §. 410 hineingelegt werden dürften. — Der Justizminister erforderte hierauf ein Gutachten über die Frage von der damaligen Gesetzkommission, und diese erklärte: es sei kein hinlänglicher Grund zu einem Zweifel darüber: ob unter der nach §. 410 zwischen der Mutter und deren Kindern fortzusetzenden Gütergemeinschaft die wahre eheliche Gütergemeinschaft zu verstehen sei, vorhanden. „Es ist," nach Runde in seinen Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts §. 608 und denen von ihm angezogenen älteren Rechtslehrern (s. Note 21), „schon gemeinen deutschen Rechts (?), daß die zwischen den überlebenden Ehegatten und den Kindern fortdauernde Gütergemeinschaft von eben der rechtlichen Natur, wie die ordentliche, sei, und man muß daher (?) um so mehr annehmen, daß das A. L.R. — welches in dem §. 410 uneingeschränkt die Fortsetzung der Gütergemeinschaft, worin die überlebende Mutter mit dem Vater der noch nicht abgefundenen Kinder gelebt hat, erwähnt, dagegen aber Th. II, Tit 1, §. 653 in den verschiedenen Fällen der einstweiligen Gemeinschaftsfortdauer bis zur Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Verwandten des Verstorbenen ausdrücklich bloß vom Miteigenthum der zur Zeit des Sterbefalles vorhanden gewesenen gemeinschaftlichen Masse redet, — in jenem §. 410 die Fortdauer der wahren ehelichen Gemeinschaft festsetze[25])." Dies ist schon darum keine Wahrheit, weil in der

---

25) Gutachten v. 17. April 1805; Bericht des Pupillen-Koll. v. 25. August

Fortsetzung der Gemeinschaft aller Zuwachs an Vermögen, welcher dem überlebenden Ehegatten oder den Kindern von Außen her zufällt, von der Gemeinschaft ausgeschlossen[26]), folglich diese Gemeinschaft keine universelle Gütergemeinschaft mehr ist, wie es die erloschene eheliche Gütergemeinschaft war. Aber überhaupt sieht man, daß die damalige Gesetzkommission und der Großkanzler Goldbeck ihre Theorie nicht aus dem A. L.R. herleiten und durch dessen Bestimmungen begründen, sondern daß sie eine veraltete, von Andern bekämpfte Meinung mehrerer älteren Rechtsgelehrten dem inkorrekt gefaßten und unklaren §. 410 unterlegen, anstatt ihn aus den klaren Bestimmungen in der Materie von der ehelichen Gütergemeinschaft und dem vorübergehenden Zustande zwischen der Beendigung und der Auseinandersetzung der Interessenten zu erklären[27]). In der That ist dieses Verhältniß an sich weiter nichts als nur diejenige Kommunion, welche bei einer ungetheilten Verlassenschaft zwischen den Theilnehmern vorhanden ist, eine gewöhnliche communio incidens. Dasselbe wird jedoch in dem einen Falle, wo der Ueberlebende mit unabgefundenen Kindern aus derselben Ehe konkurrirt, von dem Prinzip des elterlichen Verwaltungsrechtes und von dem Einflusse des obervormundschaftlichen Aufsichtsrechts beherrscht, und dadurch erhält es in eben diesem Falle folgende Eigenthümlichkeiten:

a) Der überlebende Ehegatte bleibt bis zur Auseinandersetzung, von Rechts wegen, im Besitze und in der Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens. Die Wittwe braucht nicht erst darauf antragen, wie es der oftерwähnte §. 410 ungeschickt ausdrückt, sondern sie hat, wenn sie von der Vormundschaft wegen der Auseinandersetzung angegangen wird, einfach zu erklären, daß sie diese verschieben wolle[28]). Auch der Mutter steht ohne Unterschied ein Recht zur Verwaltung des ihr und ihren Kindern gehörigen Vermögens zu, doch ist sie gehalten, den Kindern, folglich so lange diese unter Vormundschaft stehen, dem Vormund beziehungsweise der Vormundschaftsbehörde von ihrer Verwaltung Rechenschaft zu geben, auch darf ihre Verfügung die Grenzen nicht überschreiten, welche selbst

1804, u. R. vom 27. April 1805 (Rabe, Samml., Bd. VIII, S. 271—282; Neues Archiv, Bd. IV, S. 8 u. flg.).

26) A. L.R. II, 1, §§. 658—660. Vergl. oben §. 10.

27) Witte a. a. O. §. 26, S. 103 erklärt dies für willkürlich, ich halte es für rechtsirrthümlich. — M. s. auch Wigand, die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft des Fürstenthums Paderborn; in den Jahrb. Bd. XXXV, S. 4—5 u. 22—25.

28) A. L.R. II, 1, §. 656.

dem Ehemanne bei seiner Verwaltung vorgeschrieben sind [29]), wobei noch die Befugniß zur Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen, welche sich auf ein besonderes männliches Vorrecht gründen, wie die Befugniß zu Schenkungen, wegfallen sollen. Zur näheren Bestimmung dieses Verwaltungsrechts der Mutter, unter Aufsicht der Vormundschaft, sollen die Vorschriften des Landrechts II, 18, §§. 742 ff. und §§. 764 ff. in der Art analoge Anwendung finden, daß der Mutter die Kapitalien, welche sie zum Betriebe ihres Gewerbes bedarf, ohne Kaution in die Hände zu geben, und insoweit eine jährliche Rechnungslegung von ihr zu fordern, als die Einkünfte von Grundstücken und Zinsen von Kapitalien das zum gewöhnlichen Unterhalte und resp. Erziehung der Mutter und der Kinder nach einem billigen Ueberschlage und obervormundschaftlicher Festsetzung erforderliche Quantum übersteigen [30]). Hiernach soll sich auch die Frage erledigen: wer das gemeinschaftliche Vermögen durch Schulden belasten könne, und wie weit sich die Aufsicht der obervormundschaftlichen Behörde erstrecke. Der Mutter soll zwar, Dritten gegenüber, eine jede Verschuldung des gemeinschaftlichen Vermögens, welche nicht mit einer Hypothekbelastung der Grundstücke verbunden, gleich der Veräußerung aller beweglichen Vermögensstücke zustehen, die Vormundschaft aber soll berechtigt sein, darauf zu halten, daß die Mutter keine, nicht zum Gewerbebetriebe, zur Erhaltung der Vermögenssubstanz und zum nothwendigen Unterhalte für sie und die Kinder erforderlichen Verfügungen der Art treffe. Demnach soll die Administration und Disposition über das gemeinschaftliche Vermögen der Mutter zustehen, jedoch die Veräußerung und Verpfändung unbeweglicher Güter davon ausgenommen sein, auch kann die Wittwe zur Fortsetzung ihres Gewerbes persönliche Schulden machen, wofür die Kinder pro rata societatis dem Dritten haften müssen [31]). — Ueberhaupt aber geschieht die fortgesetzte Verwaltung auf gemeinschaftlichen „Gewinn und Verderb"; was erworben wird, gehört zur Gemeinschaft; was eingewirthschaftet wird, verliert die Gemeinschaft [31a]).

Einer besonderen Erwähnung bedarf die Legitimation der Wittwe-Mutter in Prozessen während der Dauer der Gemeinschaft. Was die Aktivlegitimation betrifft, so führt die logische Konsequenz da-

29) Ebenda §§. 232 ff. u. §§. 378 ff.

30) Gutachten der Ges.-Kommission (Note 25) Nr. 4.

31) Ebenda Nr. 5 u. Schlußerachten Nr. 5 u. 6.

31 a) A. L.R. II, 1, §. 654. Vergl. oben Anm. 26.

hin, daß die Wittwe wegen solcher Ansprüche, welche Gegenstände betreffen, über welche sie nach diesen Grundsätzen zu verfügen befugt ist, auch Prozesse führen kann, deren Ergebniß die Kinder sich müssen gefallen lassen; das Gleiche müßte nach logischen Gesetzen auch für die Passivlegitimation gelten. Hier sagt jedoch das Obertribunal: die Nachlaßschulden können nur gegen die Wittwe und die Kinder gemeinschaftlich eingeklagt werden, wenngleich die Wittwe bis zur Auseinandersetzung allein den Besitz und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens hat [32]). In dieser Allgemeinheit steht der Satz mit den anerkannten, so eben vorgetragenen Grundsätzen des Allg. Landrechts im Widerspruch. — Betreffs der Forderungen und Schulden, welche erst aus der Verwaltung entsprungen sind, läßt sich gegen die Aktiv- und Passivlegitimation der verwaltenden Mutter gar nichts vorbringen, zumal, nicht weil, sondern zumal sie persönlich daraus haftet und, was die Anrechnung bei der Auseinandersetzung, den Kindern gegenüber, betrifft, sie zur Kontrahirung gesetzlich befugt ist.

b) Die Aufhebung der Gemeinschaft kann von Seiten der Kinder nicht willkürlich verlangt werden. Gründe dazu sind nur:

aa) Gegen den Vater: $\alpha$) wenn er zur anderweiten Ehe schreitet [33]); $\beta$) wenn er in einen Fall kommt, wo er gesetzlich verpflichtet ist, für das Vermögen seiner Kinder Sicherheit zu bestellen, oder dessen Verwaltung abzugeben [34]).

bb) Gegen die Mutter: $\alpha$) wenn sie zur anderweiten Ehe schreitet; $\beta$) wenn die Mutter sich der Verschwendung, oder sonst einer schlechten Verwaltung **verdächtig** macht; $\gamma$) wenn die Töchter heirathen, oder die Söhne eine eigene Wirthschaft anstellen [35]). Der letzte Fall ist jedoch nur so zu verstehen, daß in Ansehung der wirklich sich verändernden Kinder die Ausscheidung eines solchen Kindes aus der Gemeinschaft stattfindet, wenn die Mutter oder der Vater die Fortsetzung der Gemeinschaft mit den Uebrigen verlangt, in ähnlicher Weise, wie während der Ehe einzelne Kinder von den in Gütergemeinschaft lebenden Eltern durch Abfindung abgeschichtet werden können [36]).

3. Auf die Auseinandersetzung anzutragen ist der überlebende

---

32) Erk. vom 18. September 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XVIII, S. 137).

33) A. L.R. II, 18, §§. 414 u. 35.

34) Ebenda §. 36, u. II, 2, §§. 179 u. flg.

35) Ebenda II, 18, §§. 411—413.

36) Gutachten der Gef.-Kommission (Note 25) Nr. 3.

Ehegatte auch seinen Kindern gegenüber [37]) zu jeder befugt, und die gleiche Befugniß hat jeder derjenigen Theilnehmer, welche nicht Kinder aus derselben Ehe sind. Zum Behuf der Auseinandersetzung muß zuvörderst das, was nicht in die Gemeinschaft gekommen ist, abgesondert werden [38]). Dahin gehören a) alle Gegenstände, welche der freien Veräußerung eines jeden der beiden Ehegatten nicht unterworfen sind, namentlich: Lehne und Fideikommisse, so wie solche Vermögensstücke, welche an eine bestimmte Person oder deren Eigenschaften gebunden sind [39]), wohin z. B. auch der Anspruch eines bisher nicht erblichen Besitzers einer Rustikalstelle auf Regulirung oder Eigenthumsverleihung zu rechnen, worüber ausschließlich dem Manne die Verfügung zusteht [40]); b) die nothwendigen Kleidungsstücke der Frau [41]); c) die dem einen Ehetheile ausdrücklich vorbehaltenen Sonder- oder Einhandsgüter [42]); d) die während der Ehe durch Schenkung, Erbschaft oder Vermächtniß dem einen Ehegatten unter der ausdrücklichen Bestimmung, daß das Miteigenthum des Anderen ausgeschlossen bleibe, zugewendeten Grundstücke oder ausstehenden Kapitalien [43]). Die Ausschließung des andern Ehegatten von dem Miteigenthum kann bei der Erbeseinsetzung des Andern auch dadurch geschehen, daß der Testator auf die ganze Zuwendung eine fideikommissarische Substitution legt [44]). Was von diesen Sondergütern dem einen oder dem anderen Ehegatten eigenthümlich gehört (dessen Allode ist), wird in Ansehung der Erbfolge, und sonst, nach den Vorschriften des gemeinen Rechts (§. 95) beurtheilt [45]); das Uebrige verfällt sich nach den für die Succession in solche Gegenstände vorgeschriebenen besonderen Prinzipien.

4. Von dem solchergestalt ausgemittelten gemeinschaftlichen Ver-

---

37) Nach partikularistischen Ansichten ist dazu der überlebende Ehegatte nicht befugt. Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. VI, §. 608, Nr. III. — Cosmann, Erörterung der Frage: kann der letztlebende Ehegatte aus der mit seinen Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft willkürlich austreten? Lemgo 1792.

38) A. L.R. II, 1, §. 635.

39) Ebenda §§. 363, 501. — Erk. des Obertrib. vom 5. April 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLI, S. 132).

40) Pr. des Obertrib. 1601, vom 18. August 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 311) u. Erk. vom 28. August 1847 (Rechtsf. Bd. II, S. 96).

41) A. L.R. II, 1, §. 364.

42) Eichhorn, Einleitung §. 308 (I. A. §. 306) im Anfang; — Phillips, Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft, S. 145, Nr. 2, u. Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, I, 377.

43) A. L.R. a. a. O. §§. 373—376.

44) Pr. des Obertr. 2450, vom 25. Mai 1853 (Entsch. Bd. XXVI, S. 340).

45) A. L.R. a. a. O. §. 636.

mögen der Eheleute verbleibt dem Ueberlebenden die eine Hälfte als sein Eigenthum mit den gleichen Rechten, die ihm schon während der Ehe daran zustanden, nur daß die bisherige Beschränkung in der Verfügungsfreiheit durch die Mitberechtigung des anderen Ehegatten mit dessen Ausscheiden von selbst weggefallen sind; die andere Hälfte bildet die Verlassenschaft des Verstorbenen [46]). Der Ueberlebende konkurrirt daher zunächst nur als Miteigenthümer wegen seiner Hälfte. Ob er auch bei der Verlassenschaft des Verstorbenen als Miterbe konkurrire, das hängt davon ab, wer dessen Erbe ist.

a) Als Miteigenthümer hat der Ueberlebende bei der Zerlegung des Ganzen in zwei reelle Theile folgende Vorrechte:

aa) Sind in der Gemeinschaft Grundstücke oder Gerechtigkeiten vorhanden, so kann er selbige nach einer von den übrigen Erben zu setzenden Taxe übernehmen, oder ihnen auf ihren Erbtheil überlassen und anrechnen [47]). Diese Taxe kann nicht von Einzelnen derselben, sondern nur von der Gesammtheit oder von der Mehrheit gesetzt werden [48]). Können sie sich unter einander nicht einigen, so braucht der Ehegatte nur den durch eine gerichtliche Taxe festzustellenden Werth zu erlegen [49]). Dasselbe Mittel wird anzuwenden sein, wenn die Erben keine Taxe setzen wollen, aber in beiden Fällen werden die Erben nicht verpflichtet sein, selbst den Gegenstand für diese Taxe, für welche er dem Ehegatten nicht gefällt, anzunehmen und sich anrechnen zu lassen. Den Erben ist unbenommen, vor Bestimmung des Werths zu ihrer Information eine gerichtliche Taxe aufnehmen zu lassen und der im Besitz befindliche Ehegatte ist gehalten, dazu die vorhandenen Nachrichten und Rechnungen zu ediren. Diese Taxe muß aufgenommen werden, wenn unter den Erben Pflegebefohlene sich befinden [50]). Durch die Annahme der gesetzten Taxe erwirbt der Ehegatte das Alleineigenthum des Gegenstandes, welches, wenn er vor der Durchführung der Theilung nach diesem Modus stirbt, auf seine Erben übergeht [51]). — Dieser Auseinandersetzungs-Modus fin-

46) Ebenda §§. 637, 638.

47) §§. 648 u. 574 a. a. O.

48) Erk. des Obertr. vom 29. November 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 261).

49) Erk. dess. vom 15. November 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 135).

50) A. L.R. a. a. O. §. 575; Pr. des Obertr. vom 24. Mai 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 333). Vergl. R. vom 2. Juni 1834 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 454); Erk. des Obertr. vom 28. Juni 1852 (Arch. f. Rechtsf. Bd. V, S. 327) u. vom 20. Januar 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 75).

51) Erk. des Obertr. vom 26. März 1860 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXVII, S. 133).

det auch dann Anwendung, wenn der überlebende Ehegatte mit unabgefundenen Kindern theilt, sofern die Provinzialgesetze oder Statuten nichts Abweichendes bestimmen [52]), denn er hat dieses Vorrecht als Miteigenthümer; ausgeschlossen aber ist der Modus bei der testamentarischen Erbfolge, wenn auch die Erben den Pflichttheil wählen: dieser wird nach einer Taxe bestimmt [53]).

In einem Falle bedarf es auch nicht der Setzung einer Taxe seitens der Erben, nämlich dann, wenn der Vater mit seinen minderjährigen Kindern theilt und das zur Masse gehörige Grundstück auf seinen alleinigen Namen eingetragen steht: hier kann er dasselbe gegen Einwerfung seines Erwerbungspreises in die Theilungsmasse und gegen das auf das Grundstück einzutragende Versprechen, das bei einem künftigen Verkaufe desselben erzielte Mehrere, d. i. den Mehrbetrag des Kaufgeldes gegen den früheren Erwerbungs- und jetzigen Annahmepreis, ohne Abzug der etwa später eingetragenen neuen Schulden, jedoch nach Abzug etwaiger Verbesserungskosten, nachträglich zur Theilung mit seinen Kindern zu bringen, zurücknehmen [54]), oder vielmehr, es kann ihm, wie es wörtlich heißt, (von Seiten der Kuratel) überlassen werden, so daß der Vater kein klagbares Recht darauf hat, sondern das Abkommen lediglich in die Diskretion der Kuratel gestellt ist; auch beschränkt die Praxis diese Behandlung auf die von dem Vater in die Gütergemeinschaft eingebrachten Grundstücke ([54]). Die Vorschrift ist anomal und hat wegen des eingetragenen Vorbehalts schon viele Streitigkeiten veranlaßt; der Eintrag giebt kein Realrecht [55]).

bb) Die zum täglichen Gebrauche bestimmten Mobilien kann der überlebende Ehegatte, insofern er dieselben nicht zum Voraus empfängt (lit. b), für eine gehörig aufgenommene Privattaxe behalten; was er dafür nicht behalten mag, so wie alle übrigen nicht zum täglichen Gebrauche bestimmten Mobilien kann er, nach seiner Willkür, öffentlich verkaufen, oder in Natur theilen lassen, bei welcher Theilung die Miterben die Theile legen und der Ueberlebende wählt, in welchem Falle Jeder den ihm zukommenden Theil sofort

52) Pr. des Obertr. 941, vom 9. November 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 325); Erk. dess. vom 20. Januar 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XII, S. 75).

53) Anh. z. A. L.R. (II, 18, §. 574) §. 164; Erk. des Obertr. vom 16. September 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIII, S. 70).

54) Anh. z. A. L.R. (II, 1, §. 648) §. 79. — Erk. des Obertr. vom 7. November 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 215).

55) Erk. dess. vom 6. März 1839 (Entsch. Bd. XLI, S. 226). Vergl. Erk. vom 29. Oktober 1852 (Entsch. Bd. XXIV, S. 118).

als sein Alleineigenthum in Besitz nimmt, wodurch dem überlebenden Ehegatten der Gebrauch entzogen wird [56]).

b) Als Miterbe zur zweiten Hälfte des Gesammtvermögens hat der Ueberlebende folgende Rechte:

aa) Konkurrirt er nur mit Descendenten des Erblassers, welche aus dem gemeinschaftlichen Vermögen noch nicht abgefunden sind, so erhält er bloß die zu seinem eigenen persönlichen Gebrauche bestimmten Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche vor der Theilung zum Voraus, im Uebrigen aber ist er von der Erbschaft ganz ausgeschlossen [57]).

bb) Hinterläßt der Verstorbene abgefundene und unabgefundene Kinder, so nehmen zuvörderst die Kinder die zu des Erblassers persönlichem Gebrauche bestimmt gewesenen Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche ebenfalls zum Voraus [58]); im Uebrigen aber tritt der überlebende Ehegatte ganz in die Stelle der Abgefundenen, dergestalt, daß er dasjenige, was diesen noch nach der Ausgleichung der Unabgefundenen (nach der Kollation der Abfindung) zugekommen sein würde, für sich als ein ihm als Ehegatten angefallenes Erbtheil nimmt. Dieses sagen folgende Stellen:

„In der Regel wird angenommen, daß die Abfindung nur zu Gunsten des überlebenden Ehegatten geschehen sei."

„Stirbt also eins von den abfindenden Eltern: so kann das abgefundene Kind an den Nachlaß desselben gar keinen Anspruch machen."

„Vielmehr verbleibt dasjenige, was ihm etwa noch von diesem Nachlasse, nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zukommen würde, dem Ueberlebenden der Eltern [59])."

Hinterläßt z. B. der Verstorbene vier Kinder, wovon eins mit 6000 Thlr. abgefunden war, und die seinen Nachlaß bildende Hälfte des Gemeingutes beträgt 20,000 Thlr., so nimmt zuerst jedes der drei Unabgefundenen, nach den Regeln der Kollation, zur Ausgleichung mit dem Abgefundenen 6000 Thlr., und es bleiben zur Vertheilung unter alle Vier noch 2000 Thlr. Die hiervon auf den Abgefundenen fallenden 500 Thlr. verbleiben dem überlebenden Ehegatten. Zweifelhaft könnte hierbei sein, ob der Abgefundene auch an

---

56) A. L.R. a. a. O. §§. 649—652.

57) Ebenda §§. 639, 640.

58) Ebenda §. 641.

59) II, 2, §§. 372—374. Vergl. meine Erklärung dieser Stellen in der Anm. 96 zu §. 644, Tit. 1, Th. II des A. L.R.

dem Voraus Theil nimmt und wenn dies der Fall: ob dessen Antheil auch davon dem überlebenden Ehegatten zufällt. Verneint man die erste Frage, so widerspricht dies dem Gesetze darin, daß die Abfindung nicht zu Gunsten der Geschwister geschieht, denn hier würden die drei Unabgefundenen den Theil des Abgefundenen an dem Voraus gewinnen. Bejaht man die erste Frage und verneint zugleich die zweite, so widerspricht dies der Bestimmung: daß der Abgefundene an den Nachlaß gar keinen Anspruch hat, denn er erhält nun einen Theil des Voraus; bejaht man aber die zweite Frage, so erhält der Ueberlebende einen Theil des Voraus, der ausschließlich den Kindern des Erblassers beschieden ist. Man mag also die Frage entscheiden wie man will, man stößt mit jeder Lösung bei dem Gesetze an. Am wenigsten anstößig erscheint es, wenn man von der, ohnehin dem gemeinen deutschen Rechte widersprechenden [60]), Regel, daß die Abfindung nur als zu Gunsten des überlebenden Ehegatten geschehen zu betrachten, die Ausnahme annimmt, daß der Abfindende durch die Ausschließung des Abgefundenen bei dem Voraus der Kinder nur an den Vortheil der unabgefundenen Kinder gedacht habe, da es nicht wahrscheinlich ist, daß er seinem überlebenden Ehegenossen durch die Abfindung eines Kindes auch einen Antheil an dem gesetzlichen Voraus der Kinder auf einem Umwege zuzuwenden beabsichtigt habe.

cc) Sind keine unabgefundenen Kinder des Erblassers vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte:

$\alpha$) zum Voraus: alles Bett- und Tischzeug, welches die Eheleute im gewöhnlichen Gebrauche gehabt haben; Möbel und Hausrath, insofern dieselben nicht als Zubehör eines Grundstücks oder einer Gerechtigkeit anzusehen sind; die zu seinem eigenen persönlichen Gebrauche bestimmten Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche. Dieser Voraus ist, den Miterben gegenüber, frei vom Beitrage zur Bezahlung der Gemeinschaftsschulden; die Rechte der Gläubiger werden hierdurch nicht berührt [61]);

$\beta$) als Erbtheil, wenn allein abgefundene Kinder, oder Ascendenten, oder Geschwister und deren Kinder ersten Grades konkurriren, ein Drittheil; wenn anderweitige Kollateralen innerhalb der ersten sechs Grade die Miterben sind, die Hälfte der Erbschaft [62]); und überdies

60) Vergl. z. B. Mevius, Comment. in Jus Lub. P. II, tit. 2, Art. 33, nr. 133—141; Wigand, in den Jahrb. Bd. XXXV, S. 47.

61) A. L.R. II, 1, §§. 643, 628, 629, 630, 640.

62) Ebenda §§. 642, 625, 626.

γ) den Nießbrauch an den Portionen aller seiner Miterben auf Lebenslang, so daß den Miterben ihre Erbtheile erst nach dem Tode des Ueberlebenden nach den Grundsätzen über den Nießbrauch ausgeantwortet werden; nur die in Natur getheilten Mobilien (lit. a, bb), welche sofort ausgefolgt werden müssen, sind eben dadurch von dem Nießbrauch ausgenommen [63]).

dd) Sind keine Verwandten des Erblassers innerhalb des sechsten Grades vorhanden, so ist der überlebende Ehegatte Alleinerbe [64]).

5. In dem Maße, in welchem der überlebende Ehegatte als Erbe bei der Auseinandersetzung Theil nimmt, trägt er auch zu den Lasten bei, welche der Verstorbene, etwa durch Kodizille, seinen Erben aufgelegt hat; die dem Ueberlebenden aus dem Miteigenthume gebührende Hälfte kann durch dergleichen einseitige Verfügungen nicht beschwert werden, und wenn der Verstorbene etwa eine testamentarische Erbfolge angeordnet hätte, die mit solchen Lasten beschwert wäre, daß sie von seiner, seine Verlassenschaft bildenden Hälfte des Gesammtgutes nicht ohne Verletzung der Pflichttheilsberechtigten getragen werden könnte, so kann der Ueberlebende eine solche Zumuthung dadurch abweisen, daß er die Erbschaft ex testamento ausschlägt, als Miteigenthümer seine Hälfte herausnimmt, wobei dann freilich die ihm ab intestato bei der Auseinandersetzung zustehenden Vortheile wegfallen würden, und daß er von der den Nachlaß darstellenden anderen Hälfte seinen Pflichttheil forderte, welcher nach allgemeinen Grundsätzen ausgemittelt werden müßte ([53]).

Eine andere praktisch wichtige Frage betrifft das Verhältniß des Ueberlebenden zu denjenigen Gläubigern der Gemeinschaft, die vor der Auseinandersetzung aus dem Gesammtvermögen nicht befriedigt worden sind. Es ist von solchen Schulden die Rede, die der Ueberlebende nicht selbst persönlich auf sich geladen hat, sei es durch Eingehung eines bindenden Rechtsgeschäfts, oder durch eine unerlaubte Handlung, wodurch auch die Frau sich persönlich verbindlich macht: für dergleichen Schulden muß der Ueberlebende zu allen Zeiten, also auch nach der Auseinandersetzung persönlich aufkommen. Die Frage betrifft vielmehr nur solche Schulden, welche den Ueberlebenden vermöge seiner Genossenschaft mit zur Last fallen. Nach den allgemeinen Grundsätzen von Gemeinschaften und von Gesellschaften würde

---

63) Ebenda §§. 645, 646, 652.

64) Ebenda §. 647. Zu vergl. §. 627.

der Ueberlebende für alle während der Ehe durch Rechtsgeschäfte verbindlich kontrahirte Schulden persönlich haften müssen, und zwar unter Umständen auf das Ganze, so daß er auch durch den Tod des Verstorbenen hinsichtlich dessen Hälfte, wenn dessen Erbschaft mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums angetreten wäre, nicht befreit werden könnte, da dieser Tod nur die Beendigung der Gemeinschaft zur Folge hat, in dem Schuldverhältnisse der Gemeinschafter zu den Gläubigern aber nichts ändert [65]). In der That ist in manchen Statutarrechten dieser Grundsatz angenommen, namentlich wird in den Paderborn'schen, Minden-Ravensberg'schen, Münster'schen, auch den Kleve-Märk'schen [66]) eine persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten, auch der Frau, für die Schulden, über die Kräfte des gemeinschaftlichen Vermögens hinaus, wenigstens für diejenigen, welche in der Ehe kontrahirt sind, angenommen, und aus der Gemeinschaftlichkeit der Schulden abgeleitet [67]). Dieses Prinzip ist dem Allg. Landrecht fremd, nach dessen Bestimmungen wird rücksichtlich der Person nur für denjenigen Ehegatten, der die Schuld gültig kontrahirt hat, eine Verbindlichkeit begründet, in Ansehung des Anderen ist nur das gemeinschaftliche Vermögen behaftet [68]) und nach der Auseinandersetzung gilt der überlebende Ehegatte, wenn er nicht selbst kontrahirt oder beschädigt hat, nicht nur für den ererbten Antheil, sondern auch für seine eigenthümliche Hälfte, den Gläubigern gegenüber, in jeder Beziehung als Erbe, so daß er sich auch die Rechtswohlthaten des Inventariums erwerben und bedienen kann [69]).

B. Bei der partikularen, insbesondere der Errungenschafts-Gemeinschaft gilt hinsichtlich der Beendigung derselben, so wie wegen der Absonderung des beiderseitigen eigenthümlichen Vermögens von dem Erwerbe eben das, was vorhin von der universellen Gütergemeinschaft gesagt worden ist [70]). Der Absonderung wird das bei Eingehung der Ehe oder der Gemeinschaft errichtete Inventarium zum Grunde gelegt; was darin nicht verzeichnet und doch vorhanden ist, von dem wird vermuthet, daß es gemein

65) A. L.R. I, 17, §§. 53, 54, 230, 231, 310.

66) Entwurf des Kleve-Märk'schen Prov.-Rechts, §. 13.

67) Archiv f. Rechtsfälle Bd. XXVIII, S. 56.

68) A. L.R. a. a. O. §§. 380 u. 394. Vergl. Konk.-Ordnung §. 94. — Erk. des Obertr. vom 29. Juni 1846 (Schl. Arch. Bd. VI, S. 542).

69) A. L.R. a. a. O. §. 661. — Erk. des Obertr. vom 27. Oktober 1857 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXVIII, S. 56).

70) A. L.R. a. a. O. §. 662.

sei; und wenn ein Inventarium nicht errichtet wurde, so gilt diese Vermuthung von Allem, was vorhanden ist [71]). In das Sondergut eines jeden Ehegatten wird nach den Grundsätzen des Gemeinen Rechts (§. 95) succedirt, in Ansehung des gemeinschaftlichen Guts wird eben so verfahren wie bei der universellen Gemeinschaft (A) [72]). Was der Gemeinschaft durch die Sondergläubiger des einen Ehetheils entzogen worden ist, muß derselbe bei der Theilung ersetzen [73]). In Ansehung der persönlichen Haftung für gemeinschaftliche Schulden gilt hier das Gleiche wie bei der universellen Gütergemeinschaft, insbesondere kann die Frau wegen der während der Gemeinschaft des Erwerbes von dem Ehemanne einseitig kontrahirten Schulden von den Gläubigern nicht persönlich in Anspruch genommen und deshalb ihr Sondergut nicht angegriffen werden [74]). Auch finden hier, nach der Auseinandersetzung, hinsichtlich der Schulden, die Grundsätze über Erbschaftsschulden auf die ganze Masse, also auch auf die eigenthümliche Hälfte des Ueberlebenden, (A. Nr. 5), Anwendung.

## §. 95.

### c) Nach gemeinen Rechten.

A. L.R. Th. II, Tit. 1, §§. 500—633.

Nach dem gemeinen Successionssysteme des Landrechts wird dem überlebenden Ehegatten, neben seiner Erbportion, auch das eigene Vermögen desselben, welches in Folge der Ehe mit dem des Erblassers vermischt worden war und unter Einer Verwaltung stand, zurückgewährt, so wie dasjenige, was auf Grund eines Spezialtitels gebühret, namentlich Gerade und Heergeräthe, wo sie partikularrechtlich bestehen, dem dazu Berechtigten vorweg ausgeantwortet. In dieser Beziehung sind die Sterbefälle der beiden Ehegatten jeder besonders zu betrachten.

A. Ist der Mann der Erblasser, so sind das Vorbehaltene und das Eingebrachte der Frau, die ihr etwa zustehende Gerade mit dem darin begriffenen Mußtheil, und die dem dazu Berufenen gebührenden Heergeräthe vor Allem auszusondern.

I. Bei den Gebührnissen der Frau aus dem Titel des Eigenthums wird von der Vermuthung ausgegangen, daß das Vorhan-

71) Ebenda §§. 397—401.

72) Ebenda §§. 663, 664.

73) Ebenda §. 409.

74) Ebenda §. 406. — Erk. des Obertr. vom 25. Februar 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 403).

dene zu dem Vermögen des Erblassers gehöre [1]). Die eigenthumsrechtlichen Gebührnisse sind das vorbehaltene und das eingebrachte Vermögen. Das erstere entspricht den römischen Paraphernen und das andere der Dos, nur steht die Konstituirung des einen und des anderen in einem umgekehrten Verhältnisse zu der Begründung der entsprechenden römischen Institute, weil die heutigen zwei Arten des ehefräulichen Vermögens auf der Unterlage des allgemeinen, im Landrechte beibehaltenen mundium maritale entstanden sind, während die römische Ehefrau völlig gleichberechtigt und handlungsfähig neben ihrem Manne stand. Daraus folgte, daß der Mann keinerlei Befugniß über das Vermögen der Frau erlangen konnte, es sei denn, daß sie ihm durch einen Rechtsakt eingeräumt wurde. Daher mußte der Mann an jedem Stücke, von welchem er Verwaltung und Nutznießung in Anspruch nahm, die Dotalqualität (die constitutio dotis) nachweisen. Nach deutschem Rechte kam die Frau, durch Vollziehung der Ehe, mit allem, was sie hatte, in die vormundschaftliche Gewalt des Mannes, vermöge welcher der Mann die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens seiner Frau erhielt, insofern diese sich nicht freie Verwaltung und Verfügung darüber vorbehalten hatte. Daher steht es nun so, daß die Frau die von ihr behauptete Paraphernalqualität nachzuweisen hat.

1. Das vorbehaltene (oder Paraphernal-) Vermögen kann mit dem Vermögen des Mannes nur aus Anmaßung desselben, oder aus Auftrag der Frau vermischt werden, sonst muß sie selbst sich in dessen Besitz befinden, woraus dann folgt, daß sie dasselbe schlechthin behält so wie es ist. Dieses drückt das Landrecht so aus: „Das vorbehaltene Vermögen der Frau muß der Regel nach in dem Zustande angenommen werden, in welchem es zur Zeit, da die Ehe getrennt worden, sich befindet [2]).“ Hat aber der Mann aus Anmaßung über derartiges Vermögen verfügt, so ist er dafür gleich einem unredlichen Besitzer verantwortlich und die Frau liquidirt ihren desfallsigen Verlust und Schaden zur Nachlaßmasse; hat sie dem Manne Verwaltung oder Verfügung aufgetragen, resp. überlassen, so hat sie deshalb die Rechte wie wegen des Eingebrachten, den Erben des Mannes gegenüber [3]).

---

1) A. L.R. a. a. O. §§. 543, 544. — Vergl. Konk.-Ordnung von 1855, §§. 90 u. 92.

2) A. L.R. a. a. O. §. 545.

3) Ebenda §§. 546, 547.

2. Hinsichtlich des eingebrachten Vermögens wird nach den Objekten unterschieden.

a) Baar eingebrachte Gelder werden Eigenthum des Mannes und in gleich guter Münzsorte zurückgegeben oder zu gute gerechnet, und zwar mit Zinsen vom Ablaufe des Quartals, in welchem die Ehe durch den Tod getrennt wurde, an [4]). Hiervon findet eine Ausnahme statt, wenn der Mann das Geld auf den Namen der Frau ausgeliehen hat. Hat die Frau dazu ausdrücklich, gleichviel in welcher Form, ihre Einwilligung mit Bezug auf einen gewissen bestimmten Schuldner gegeben, so wird dieses ausgeliehene Kapital einem eingebrachten (lit. b) gleichgeachtet; hat sie nicht eingewilligt, so steht es ihr frei, entweder das ausgeliehene Kapital zu übernehmen, oder baare Rückzahlung zu fordern [5]); im erstern Falle gehören die Zinsen bis zum Ablaufe des Quartals zur Verlassenschaft, weil der ehemännliche Nießbrauch so lange dauert.

b) Wegen der wirklich eingebrachten noch unverändert ausstehenden Kapitalien kann die Frau nur die Ausantwortung der darüber vorhandenen Urkunden fordern, sie kann jedoch für den durch Vernachlässigung der diligentia rebus suis consueta des Mannes bei der Verwaltung entstandenen Verlust Ersatz verlangen [6]). — Von Kapitalien, welche der Mann während der Ehe eingezogen und auf den Namen der Frau wieder ausgeliehen hat, gilt das Gleiche wie von eingebrachten baaren Geldern, welche der Mann auf den Namen der Frau ausgeliehen hat (lit. a). Hat der Mann die baar eingebrachten Gelder oder eingezogenen Kapitalien der Frau auf seinen Namen ausgeliehen, so trifft ihn jeder Verlust; sind Kapitalien auf den Namen beider Eheleute gemeinschaftlich ausgeliehen und es erhellet nicht, daß das Geld allein aus dem Vermögen des Mannes hergegeben ist, so werden beide Eheleute als Miteigenthümer angesehen, und es gilt von dem Antheile der Frau eben das, was wegen eines ganzen auf ihren alleinigen Namen ausgeliehenen Kapitals verordnet ist [7]).

c) Eingebrachte „Mobilien" sind gleichfalls Gegenstand besonderer Vorschriften. Unter dieser Beziehung versteht das Landrecht nur Möbeln, Hausrath und Geräthschaften [8]); wenn daher der

4) Ebenda §§. 548 u. 549.

5) Ebenda §§. 550, 551.

6) Ebenda §§. 553—555.

7) Ebenda §§. 556—558. — Erk. des Obertr. vom 22. Januar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 250).

8) I, 2, §. 18 u. II, 1, §. 559.

Ausdruck „Mobilien" hier in diesem technischen Sinn gebraucht worden wäre, so würden diese Spezialvorschriften auf andere bewegliche Sachen, namentlich auf Moventien, Gold und Silber, Weißzeug, Wäsche, Betten, Equipage und dergl. nicht anzuwenden seien. Das ist auch behauptet worden [9]). Indeß läßt sich dies nicht als richtig annehmen. Das Landrecht hat augenscheinlich den Gegenstand erschöpfen und einzelne Bestandtheile des Vermögens der Frau nicht übergehen wollen. Deshalb muß hier der Ausdruck „Mobilien" für „bewegliche Sachen" außer dem baaren Gelde und dem Kapitalsvermögen, also für gleichbedeutend mit „Effekten", wie der Gesetzgeber die hier gemeinten Sachen unter Verweisung auf diese Spezialvorschriften anderwärts nennt [10]), genommen werden. Von diesen „beweglichen Sachen" gilt Folgendes:

aa) Sind dieselben dem Manne nicht zu einem gewissen Werthe angeschlagen worden und sind sie in Gebrauch genommen, der die Abnutzung mit sich bringt; so gehören nur die zur Zeit der Ehetrennung noch vorhandenen Originalstücke und die an die Stelle der eingegangenen Stücke wieder angeschafften, zum Vermögen der Frau; wegen der nicht mehr vorhandenen und auch nicht wieder ersetzten, so wie wegen Verringerung der Stücke kann nur dann Ersatz gefordert werden, wenn der Abgang oder die Verweigerung durch Vorsatz (dolus malus) des Mannes erfolgt ist [11]). — Sind dergleichen Vermögensstücke der Frau nicht durch den Gebrauch oder bei Gelegenheit desselben in Verlust gekommen, hat vielmehr der Mann solche in Geld umgesetzt und dieses verwendet, so ist es so gut als wenn er ein eingebrachtes Kapital eingezogen und das Geld verwendet hätte; er muß dann dieses Kapital unbedingt zurückgeben und vom bösen Vorsatze oder seiner groben Fahrlässigkeit als Grund der Ersatzverpflichtung kann hier keine Rede sein [12]). Das Gleiche gilt in dem Falle, wenn die Gläubiger des Mannes sich aus den eingebrachten Effekten der Frau befriedigt haben.

bb) Hat die Frau ihre eingebrachten Effekten dem Manne verkauft; so hat sie nur den rückständigen Kaufpreis zu fordern; sind dieselben nicht verkauft, sondern nur nach einem gewissen Anschlage eingebracht worden, so kann die Frau nach ihrer Willkür entweder

9) Archiv f. Rechtsfälle Bd. LIII, S. 139.

10) A. G.O. I, 50, §§. 312, 313, 319, 406, vergl. mit A. L.R. I, 2, §. 13. — Vergl. Konk.-Ordn. v. 1855, §. 88, Nr. 2.

11) A. L.R. II, 1, §§. 559—560.

12) Vergl. das Erk. des Obertr. vom 12. Februar 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIII, S. 139).

die eingebrachten Sachen nach den erwähnten Grundsätzen (aa) zurücknehmen, oder deren angeschlagenen Werth fordern, ohne Abzug wegen Verschlechterung oder Verlustes, es wäre denn, daß die Frau vorsätzlich (dolo malo) oder aus grober Fahrlässigkeit das Eine oder das Andere verursacht, oder ein oder anderes Stück ohne Genehmigung des Mannes veräußert hätte, in welchen Fällen der Abzug des Werths zulässig ist. Das Gleiche gilt, wenn nur gewisse einzelne Stücke zu einem bestimmten Werthe eingebracht worden sind, in Beziehung auf solche einzelne Stücke [13]).

d) Betreffs der eingebrachten Grundstücke und Gerechtigkeiten ist eine ganz neue Theorie erfunden worden [14]), wonach Folgendes gilt:

aa) Ist das Immobile nach einem Anschlage eingebracht worden, so hat die Frau die Wahl, entweder das Grundstück zurückzunehmen, oder den angeschlagenen Werth aus dem Nachlasse des Mannes zu fordern; hat der Mann das Grundstück nicht nach einem angeschlagenen Werthe übernommen, so kann die Frau nur Zurückgabe desselben fordern. Der Anschlag dient nur bei der Absonderung des Vermögens der Frau, nicht aber auch bei der Theilung der Erbschaft zur Richtschnur. Die Zurückgabe geschieht in dem Zustande, in welchem das Grundstück sich zur Zeit der Ehetrennung befand [15]).

bb) Für Verbesserungen des zurückgegebenen Grundstücks kann überhaupt nur nach den über den Nießbrauch geltenden Grundsätzen (lit. e) Vergütung gefordert werden [16]). Besonderheiten sind: die Einwilligung der Frau in eine zu machende Verbesserung und in die darauf zu verwendende Summe muß entweder gerichtlich, oder, wenn privatschriftlich, mit Zuziehung eines der nächsten Verwandten der Frau oder eines wirthschaftskundigen Beistandes gegeben werden [17]). Die versagte Einwilligung kann durch das vormundschaftliche Gericht auf das Anrufen des Mannes ergänzt oder ganz ersetzt werden [18]); sie ist überhaupt nicht erforderlich, wenn durch „eine ausdrücklich dem Manne zugedachte landesherrliche Gnade Verbesserungen auf dem eigentlichen Gute veranstaltet worden" [19]); oder

---

13) A. L.R. a. a. O. §§. 563—569.

14) Darüber läßt sich Suarez ausführlich vernehmen in den Vorträgen über die Schlußrevision des Gesetzbuchs, Jahrb. Bd. XLI, S. 120—124, und abgedr. in meiner Anm. 64 zu §. 570 d. T.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 581, 582—584, 585.

16) Ebenda §§. 586, 589, 590.

17) Ebenda §. 587.

18) Ebenda §. 588 und §§. 232 u. flg.

19) Ebenda §. 591. Was damit gemeint sei, ist unbekannt.

wenn der Mann Grundstücke oder Gerechtigkeiten, welche von dem eingebrachten Gute ehemals getrennt wurden, damit wieder vereinigt hat [20]). Eigenmächtige Zuschlagung neuerworbener Grundstücke und Gerechtigkeiten berechtigt zu der Wahl: dieselben zurückzunehmen oder bei dem Gute zu lassen und dafür Ersatz des wahren Werths des zugeschlagenen Stücks, an und für sich betrachtet, ohne Rücksicht auf die Verbindung, zu fordern [21]). — Wird statt des Grundstücks der angeschlagene Werth verlangt, so begründen Verbesserungen keinen Anspruch auf Erhöhung des Werths; Zuschläge neuer Grundstücke oder Gerechtigkeiten ohne Zuthun des Mannes oder Anwachs werden als besonderes Eingebrachtes angesehen, welches die Frau nach ihrer Willkür gegen den Ersatz des Taxwerths mit dem Hauptgute überlassen oder zurücknehmen kann [22]). —

cc) Wegen Verringerungen haftet der Mann wie ein anderer Nießbraucher [23]). Für mit Einwilligung der Frau abveräußerte Stücke des Guts kann nur der dafür gelöste Preis gefordert werden [24]). Ist die Veräußerung ohne solche Einwilligung geschehen; so können die Frau oder ihre Erben entweder das Grundstück von dem Dritten vindiciren, oder den wahren Werth desselben zur Zeit der Veräußerung von dem Manne oder dessen Erben fordern. In beiden Fällen findet Kompensation der aus dem Kaufgelde in den Nutzen der Frau geschehenen Verwendungen, in quantum adhuc locupletior est, statt [25]). — Ist das Gut nach einem Anschlage eingebracht und die Frau fordert den angeschlagenen Werth, so findet ein Abzug daran wegen Verringerungen nur in dem einzigen Falle statt, wenn ein Theil von der Substanz des eingebrachten Grundstücks, ohne grobes oder mäßiges Versehen des Mannes, verloren gegangen [26]).

e) Der Nießbrauch des Mannes an dem Eingebrachten der Frau endigt mit dem Tode Eines der Ehegatten; wegen der Nutzungen des Sterbejahres finden die Vorschriften wegen der Auseinandersetzung zwischen dem Nutznießer und dem Eigenthümer Anwendung,

---

20) Ebenda §. 592.

21) Ebenda §§. 593, 594. Vergl. meine Anm. 75 dazu.

22) Ebenda §§. 604—607.

23) Ebenda §. 595; I, 21, §§. 132 u. flg.

24) II, 1, §. 596. Vergl. §§. 548, 556 und das Note 12 angef. Erk.

25) Ebenda §§. 597—600.

26) Ebenda §. 608. Wäre ein Theil der Aecker vom Wasser weggerissen worden, weil der Mann die Uferbauten vernachlässigt hatte, so würde der Verlust der Schade des Mannes sein.

doch soll dem Ueberlebenden in dem vorhandenen Hause die bis daher innegehabte Wohnung wenigstens noch ein Vierteljahr nach dem Sterbequartal frei überlassen bleiben[27]).

f) Von der nach diesen Regeln ausgemittelten Verlassenschaft des Mannes werden dessen Schulden noch vor der Theilung abgerechnet[28]).

3. Die Gerade (suppellex — apparatus) der Ehefrau, wo sie nach Provinzial- oder Statutarrecht üblich ist; sie gebührt nicht aus erbrechtlichem Titel, sondern als Ersatz in genere für mitgebrachte (eingebrachte) Frauengeräthe, welche nach deutschem Rechte in die volle Gewehre des Mannes übergingen und der freien Verfügung desselben unterworfen waren, daher er auch in keiner Weise für den Ersatz der verbrauchten oder verringerten Stücke haftete. Es trat aber an die Stelle der Zurückgabe der wirklich eingebrachten aber in Original nicht mehr vorhandenen Sachen ein Recht der Frau oder ihrer nächsten Verwandten auf generisch gleiche Gegenstände, soweit dergleichen im Nachlasse des Mannes vorhanden waren[29]). Hieraus offenbart sich, daß dieses Institut neben der heutigen Verbindlichkeit des Ehemannes zur exakten Restitution des Eingebrachten der Frau rechtmäßig nicht bestehen kann: beide Institute nebeneinander verwirklichen eine zweimalige Restitution des eingebrachten beweglichen Vermögens, wenigstens in Betreff gewisser Gattungen von Sachen. Das Landrecht hat sie auch nur geduldet, wo sie noch besteht und verbietet deren Einführung in Provinzen, wo sie bisher nicht üblich gewesen, auf Grund seiner Bestimmungen[30]). Diese sind folgende:

a) Gerade, auch Wittwengerade oder volle[30a]) Gerade genannt, nimmt die überlebende Frau aus dem Nachlasse des Mannes vorweg, wenn dergleichen Sachen, welche zur Gerade gerechnet werden, vorhanden sind und der Nachlaß nicht durch Schulden erschöpft wird[31]). Denn der Ehemann hat darüber freie Verfügung unter Lebenden, wie über sein Eigenthum, er ist für vernichtete oder veräußerte Stücke nicht ersatzpflichtig, es tritt auch der Preis oder

---

27) Ebenda §§. 614—617 u. m. Anm. 81 u. 82.

28) Ebenda §. 618.

29) Vergl. Witte, Intestaterbrecht, S. 68 ff. — Grimm, Rechtsalterthümer, S. 567.

30) II, 1, §§. 502, 536, 539.

30a) Ebenda §§. 528 u. 534.

31) Ebenda §§. 508, 514, 515, 522.

Werth nicht an die Stelle des Veräußerten; nur von Todeswegen kann er darüber nicht verfügen [32]). — Durch die hier und bei dem Heergeräthe (II), sowie bei der Niftelgerade (B) angeordnete Vorwegnahme der dazu gehörigen Stücke entscheidet das Landrecht die gemeinschaftlich streitige Frage nach der Meinung, welche solche Gegenstände, insofern Berechtigte dazu vorhanden sind, bei der Bestimmung des Pflichttheils, wenn ein solcher zu berechnen ist, nicht mit in Anschlag bringen will, woraus denn folgt, daß sie auch dem Pflichttheilsberechtigten, also auch die Wittwengerade der auf den Pflichttheil gesetzten Ehefrau nicht anzurechnen sind [33]).

b) Die Wittwen- oder volle Gerade ([30a]) begreift: die zum weiblichen Gebrauche allein gewidmeten Geräthe, Kleidungsstücke, Wäsche und Kostbarkeiten, nebst den dazu gehörigen Behältnissen [faderfio, phaderfium = Vatergeld [34])], welchem das Landrecht auch das zur Leibwäsche oder zu Kleidungsstücken bereits Zugeschnittene, in Arbeit Gegebene oder Genommene beilegt; ferner: die zum alltäglichen Gebrauche in der Hauswirthschaft bestimmten Mobilien; alle Arten von Leinwand, verarbeitet oder unverarbeitet; wie auch Flachs und Garn, soweit alle diese Sachen zum Gebrauch in der Wirthschaft bestimmt sind; auch die zum Hausgebrauche gewidmeten Eßwaaren (Mußtheil); und bei Adeligen die im gewöhnlichen persönlichen Gebrauche der Eheleute gewesenen Kutsche und Pferde [35]), wol auch Geschirre [36]); bei mehreren Equipagen wählt die Wittwe [37]). — Die Aufzählung der einzelnen Stücke ist nöthig [38]), weil ein durchgreifendes Kennzeichen sich nicht angeben läßt, doch ihrem allgemeinen Charakter nach sind die Dinge solche, die sich gewöhnlich unter der Obhut und Handthierung der Frauen befanden [39]); aber es sind, Hommel sagt „einfältiger Weise [40])", einige Stücke (z. B. Pferde und Wagen) dazu gezählt, welche eigentlich

32) Ebenda §§. 513—516.

33) Glück, Kommentar, Bd. VII, S. 106; Carpzov, Jurispr. forens., P. III, const. 11, def. 3 u. A. — Vergl. A. L.R. II, 2, §. 397.

34) Grimm a. a. O. S. 429 u. 430: „quantum ei pater aut frater in die nuptiarum dederit, — quod de parentibus adduxerit, — quantum pater aut frater dederit ei, quando ad maritum ambulaverit."

35) II, 1, §§. 525—531, 534. — A. G.O. I, 50, §. 316.

36) I, 2, §. 27.

37) II, 1, §. 535.

38) Vergl. das Register des Sachs.-Sp. B. I, Art. 24, §. 3.

39) Hasse, Skizze des Güterrechts der Ehegatten, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. IV, S. 75.

40) Pertinenz- u. Erbsonderungs-Register, Einleitung, §. 49 (der 6. Aufl.).

zur Morgengabe gehören. Nach deutschem Rechte werden die Gerade-Stücke, sobald sie erworben sind, als das Eigenthum der Frau angesehen [41]). Nach dem Landrechte ist dies nicht anzunehmen, weil die Frau der Gerade-Stücke wegen keinen Rechtsschutz gegen die Gläubiger des Mannes findet [42]); diese Vermögensstücke des Mannes befinden sich nur in einer Art von Verfangenschaft zu Gunsten der Frau.

II. Das Heergeräthe kann nur da, wo es partikularrechtlich üblich ist, vorkommen, aber doch auch hier nicht von katholischen und evangelischen Geistlichen, die in einem wirklichen Kirchenamte stehen, hinterlassen werden [43]); es darf auch nicht nach Provinzen oder Orten, wo kein Heergeräthe gegeben wird, verabfolgt werden [44]). Diejenigen, welche darauf Anspruch zu haben vermeinen, müssen sich binnen einer präklusivischen Frist von Einem Jahre, nach erfolgtem Anfalle, melden [45]). Das Heergeräth fällt überhaupt fort, wenn der Nachlaß durch Schulden erschöpft ist, denn es wird auf Grund einer Art Beerbung des Erblassers selbst erworben, keinesweges durch den Erblasser nur übermittelt, etwa nach Art der Fideikommisse und Lehen [46]). — Auch das Heergeräthe wird, wie die Gerade, weder bei der Bestimmung des Pflichttheils mit aufgerechnet weil vorweg abgezogen, noch auf den Pflichttheil angerechnet ([33]). — Dasselbe ist die fahrende Habe, welche sich auf Bewaffnung und Rüstung des Mannes bezieht und begreift ursprünglich Pferd (gesattelt), Schwert, Waffenkleid (vestis bellica) und Rüstung des Erblassers und geht auf Grund eines außerordentlichen singulären Erbrechts nur auf den Mannsstamm und Schwertmage [47]). Dazu trat später noch ein Bette, ein Kissen, ein Bettlaken, ein Tischtuch, zwei Becken und eine Devele (manutergium, Handtuch oder Serviette) und die tägliche Kleidung des Erblassers [48]). Dem schließt sich das Landrecht mit folgender Bestimmung an: „Das Heergeräthe begreift unter sich das beste Pferd (die Sattelung ist weggelassen), den Degen, dessen sich der Verstorbene zum gewöhnlichen Gebrauche bedient hat; (das Waf-

41) Sachs.-Sp. a. a. O. — Hasse a. a. O.; Hommel a. a. O. §. 59; Eichhorn, Einleitung, §. 295 (4. A. §. 297), Nr. 1.

42) II, 1, §. 522 u. A. G.O. I, 50, §. 316.

43) A. L.R. II, 1, §. 506.

44) Ebenda §. 519.

45) Ebenda §. 517.

46) Ebenda §. 522. Die Zusammenstellung mit Lehen und Fideikommisse im §. 397, II, 2 paßt auf Heergeräthe so wenig wie auf Wittwengerade.

47) Grimm a. a. O. S. 568.

48) Sachs.-Sp. B. I, Art. 22.

fenkleid und die Rüstung ist weggelassen, dafür aber ist „bei den in wirklichen Kriegsdiensten stehenden Personen auch das, was sie im Felde, oder in der Garnison oder bei Verrichtung ihres Dienstes gewöhnlich gebrauchen, soweit es vorhanden ist und nicht bei dem Regimente zurückbleiben muß, zu ihrem Heergeräthe gerechnet"); einen vollständigen Anzug von dessen täglichen Kleidern; ein Gebett Bette, nächst dem besten, bestehend aus einem Ober- und Unterbette, einem Pfühl, zwei Kopfkissen, nebst dazu gehörigen Ueberzügen, und zwei Bettlaken; ein Tischtuch nebst drei Servietten; und zwei Schüsseln von Zinn oder anderem gemeinen Metalle [49]."

III. Der Erbschatz, wenn dergleichen vorhanden; weder dessen Substanz, noch die davon zn ziehenden Nutzungen, können dem überlebenden Ehegatten auf sein gesetzmäßiges Erbtheil, noch weniger auf den Pflichttheil angerechnet werden [50].

B. Ist die Frau die Erblasserin, so erfolgt die Absonderung des Nachlasses, d. h. des vorbehaltenen und eingebrachten Vermögens der Verstorbenen von dem Vermögen des Mannes nach denselben Grundsätzen, welche in dem Falle, wenn der Mann zuerst stirbt, zur Anwendung kommen (A. Nr. I). Für den Fall, wo der Mann ein von der Frau eingebrachtes Grundstück für die von den Erben gesetzte Taxe behält, ist noch besonders vorgeschrieben: a) Vergütung für Verbesserungen oder Nachlaß derselben von der gesetzten Taxe kann der Mann nur unter denselben Voraussetzungen fordern, unter welchen er solche zu fordern berechtigt gewesen wäre, wenn er das Gut selbst zurückgegeben hätte, d. h. wenn die Frau ihre Einwilligung zu der vorzunehmenden Verbesserung und zu der darauf zu verwendenden Summe in der vorgeschriebenen Form gegeben hatte oder der verweigerte Konsens ergänzt worden oder nicht erfoderlich gewesen war [51]. b) Erhält der Mann mit dem Hauptgute zugleich ein von ihm zugeschlagenes Pertinenzstück, wofür er Ersatz hätte fordern können, wenn er das Gut zurückgegeben hätte; so muß der Werth eines solchen Pertinenzstücks nicht in dessen Verbindung mit dem Hauptgute, sondern nur einzeln und für sich betrachtet geschätzt werden [52]; nur dieser Werth wird von der von den Erben gesetzten Taxe zurückgeschlagen. c) Dem Uebernehmer des Grundstücks oder der Gerechtigkeit muß damit auch Alles, was gesetzlich als Zubehör

49) II, 1, §§. 523, 524.

50) Ebenda §§. 540, 541.

51) Ebenda §§. 609 u. 581—591.

52) Ebenda §§. 610 u. 594.

anzusehen ist, insbesondere mit einem Landgute das Vieh- und Feldinventarium, wie es zur Zeit der Ehetrennung beschaffen war, übergeben werden; die sich dabei, gegen den Zustand der Einbringung, ergebenden Verbesserungen oder Verringerungen werden nach den vorhin angegebenen Grundsätzen (A. I, Nr. 2, bb u. cc) ausgeglichen.

Um festzustellen, wieviel an vorbehaltenem und eingebrachtem Vermögen der verstorbenen Frau zu restituiren ist, hat der überlebende Mann, in dessen Vermögen oder Gewahrsam der Nachlaß sich befindet, ein vollständiges, auf Verlangen eidlich zu beſtärkendes Verzeichniß der vorhandenen Bestandtheile desselben aufzulegen und den Erben bleibt überlassen, wegen der darin gegen das wirkliche Einbringen fehlenden Stücke Rechenschaft zu fordern. Von dem solchergestalt ausgemittelten Nachlasse werden vorweg genommen:

1. Die Niftelgerade, wovon gleiche Grundsätze wie von der Wittwengerade gelten (oben, Nr. 3, lit. a). Dazu gehören: die zum weiblichen Gebrauche allein gewidmeten Geräthe, Kleidungsstücke, Wäsche und Kostbarkeiten, nebst den dazu gehörigen Behältnissen; auch was zur Leibwäsche oder zu Kleidungsstücken zugeschnitten, in Arbeit gegeben oder genommen ist; nicht aber auch solche Kostbarkeiten, welche der Frau von dem Manne zum Gebrauche gegeben worden, und gesetzlich nur als geliehen anzusehen sind, wenn die Schenkung nicht bewiesen werden kann [53]).

2. Die Schulden, welche die Frau während der Ehe auf ihr vorbehaltenes Vermögen einseitig gemacht hat, so weit das noch vorhandene vorbehaltene Vermögen hinreicht; ferner die Schulden, welche die Frau zu dem mit Vorwissen des Mannes, und ohne dessen Widerspruch, unternommenen Betriebe eines besonderen Gewerbes gemacht hat [54]); außerdem auch die Begräbnißkosten [55]).

C. Der solchergestalt ausgemittelte reine Nachlaß des Verstorbenen bildet die Erbschaft nach ihm, an welcher der hinterbliebene Ehegatte als wahrer civilrechtlicher Universalerbe Theil nimmt, und zwar bei der Konkurrenz mit nahen Verwandten des Erblassers in certam partem nach folgender Abstufung: Bei der Konkurrenz mit Descendenten [55a]) des Verstorbenen beträgt die Portion des Ueberlebenden Kindestheil, niemals aber mehr als ein Viertheil; als Mit-

53) Ebenda §§. 525 — 527. Vergl. §§. 316, 317 u. 544.

54) Ebenda §§. 618 — 620.

55) Ebenda §. 435.

55a) Nämlich aus rechter Ehe, wenn der Mann Erblasser ist.

erbe neben Ascendenten, Geschwistern, oder Geschwisterkindern ersten Grades erhält er ein Drittel; bei anderen nahen Verwandten die Hälfte des Ganzen; und in den beiden letzten Fällen zum Voraus, ohne Beitrag zu den Schulden davon, also mit den Rechten eines Prälegats: alles Bett- und Tischzeug, welches die Eheleute im gewöhnlichen Gebrauche gehabt haben; ingleichen die im gewöhnlichen Gebrauche gewesenen Möbel und Hausgeräthe, insoweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks oder einer Grundgerechtigkeit sind. Finden sich keine nahen Verwandten (innerhalb des sechsten Grades) oder schlagen sie die Erbschaft aus; so ist der hinterbliebene Ehegatte neben Kindern aus einer Ehe zur linken Hand Erbe zu zwei Drittel, bei drei Kindern und bei mehr als Dreien zur Hälfte, sonst aber Alleinerbe [56]). Die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils, also in Ermangelung naher Verwandten des Erblassers die Hälfte der ganzen Erbschaft, ist Pflichttheil; der auf den Pflichttheil eingesetzte Ehegatte hat aber neben demselben nicht noch auf sonstige dem Ueberlebenden vom Gesetze zugedachten Vortheile, namentlich nicht noch auf den so eben erwähnten Voraus Anspruch [57]).

Die Abstufungen des Erbtheils des überlebenden Ehegatten mit Rücksicht auf das Verhältniß und die Gradesnähe der als Miterben konkurrirenden Verwandten des Erblassers fallen mit den Ordnungen der Verwandten (§. 90 a. E.) nicht zusammen, und daher kommt es, daß der Ehegatte den einzelnen gleichzeitig in derselben Klasse succedirenden Verwandten gegenüber verschieden berechtigt ist. Konkurrirt er z. B. mit Geschwistern und mit Enkeln vorverstorbener Geschwister des Erblassers, so hat er den Geschwistern und den Geschwisterkindern ersten Grades gegenüber nur ein Drittel, den Geschwisterenkeln gegenüber die Hälfte des Nachlasses zu erben. Dieses scheint das Ergebniß einer unachtsamen Fassung zu sein, da kein Grund zu finden ist, warum die Portion des Ehegatten nicht nach der Ordnung, in welcher die Verwandten zur Erbschaft berufen werden, hätte abgestuft werden können. Jetzt bleibt die nicht entschiedene Frage zu lösen: wie bei dem Zusammentreffen ungleich Berechtigter zu verfahren sei. Drei Methoden sind denkbar. Man könnte mit den Worten des Gesetzes (in dem angenommenen Falle) sagen: der Erblasser habe Geschwister und Geschwisterkinder hinterlassen, also

---

56) Ebenda §§. 621 — 630 u. II, 2, §§. 580, 584.

57) Ebenda §. 631. — Erk. des Obertr. vom 1. Oktober 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VI, S. 357). Vergl. Erk. dess. vom 17. November 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 44).

gebührt dem Ehegatten nur ein Drittel; dadurch daß auch noch ein Entfernterer miterbt, können die Geschwister zu Gunsten des Ehegatten nichts verlieren. Doch läßt sich ebenso mit denselben Worten sagen: der Erblasser hinterläßt Verwandte in entferntern Graden (Geschwisterenkel), also beträgt die Portion des Ehegatten die Hälfte. Beides aber ist nach den Gesetzesworten gleich unrichtig; denn es heißt in jenem Falle: „Hinterläßt der Verstorbene „nur" — Geschwister" 2c., und in dem anderen: „Sind „nur" Verwandte" 2c. Der Fall, wo jene und diese hinterlassen sind und als Miterben konkurriren, ist übergangen, weil man daran wol nicht dachte. Uebrig bleibt nur die dritte Methode, daß in dem besprochenen Falle die Erbportion des Ehegatten den Geschwistern und Geschwisterkindern gegenüber besonders nach dem Maßstabe des Drittheils, und den Geschwisterenkeln gegenüber auch besonders nach dem Maßstabe der Hälfte bestimmt wird [58]). Dies kann übrigens nur bei der Konkurrenz mit Verwandten der dritten und vierten Ordnung (§. 90 a. E.) vorkommen.

D. Da der Ehegatte wahrer Erbe in universum jus ist, so gebührt ihm auch das Accrescenzrecht. Darüber ist man nicht einverstanden. Auch unter den Romanisten ist in Betreff des Erbrechts der armen Wittwe, welches das Landrecht unbedingt auf beide Ehegatten ausgedehnt hat (§. 92), über die Accrescenz, Streit. Mehrere sprechen der Wittwe das Accrescenzrecht, welches nach der Natur dieser Succession nur eine Vergrößerung des Kopftheils bis zu einem Viertheil des Ganzen bewirken kann, ab [59]); Andere erkennen es an [60]). Der Grund der Gegner der Accrescenz ist der, daß der Titel der Wittwe nicht ein wahres Erbrecht, sondern ein gesetzliches Spezial-Benefizium sei, welches nicht nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge beurtheilt werden dürfe [61]). Dieser schon von vielen Romanisten bestrittene Grund fällt im preußischen Rechte ganz aus. Ein faßbarer juristischer Grund gegen den Zuwachs wird auch von Niemand vorgebracht; der Zweifel bewegt sich in einer unklaren Auffassung des Accrescenzrechts bei einer certa pars hereditatis. Eine Erweiterung der Antheile der mitberufenen Erben durch Anwachsung

58) So berechnet auch Witte in diesem Falle die Erbportion des überlebenden Ehegatten, a. a. O. S. 85.

59) Stryk, de success. ab intest. Diss. IV, c. 1, §§. 26 sqq.; Koch, successio ab intestato, §. 113 u. A.

60) v. Löhr, im neuen Magazin für Rechtswissenschaft, I, S. 385; Glück, Intestaterbfolge, S. 471; Baumeister, Anwachsungsrecht, S. 59, 60 u. A.

61) Koch l. c. §. 113; Ludolff, Intestaterbfolge, §. 173.

eines erledigten Theiles kann nur da vorkommen, wo solche Antheile durch den Theil des Miterben, welcher demnächst wegfällt, vermindert wurden, so daß diese Verminderung durch Erledigung dieses nun in der Masse bleibenden Theils aufgehoben wird. Hat die Herausnahme oder das Verbleiben des erledigten Theils auf die Mehrung oder Minderung der Portion eines anderen Miterben in dem gegebenen Erbfalle keinen Einfluß, so tritt für diesen kein Anwachs ein: dieser wird denjenigen Miterben zu Theil, welche durch die Konkurrenz des Ausscheidenden beschränkt gewesen sein würden, wenn er nicht ausgeschieden wäre. Dieses angewendet auf den hinterbliebenen Ehegatten mit seiner certa pars giebt folgendes Resultat: Konkurrirt der überlebende Ehegatte mit 4 Kindern des Erblassers, so beschränkt ihn diese Zahl so, daß er nur einen Kopftheil oder ein Fünftel des Ganzen erhält; fällt davon ein Kind aus, ohne daß ein Stellvertreter für es einrückt, so vermehrt sich dadurch die Portion des Ehegatten auf ein Viertel, lediglich vermöge des ihm gebührenden Anwachses. Konkurrirt der Ehegatte mit Geschwistern des Erblassers, so beträgt seine Portion die Hälfte, es mögen deren soviel sein wie immer. Fallen davon welche aus, so vermehrt sich dadurch nur die Portion der übrigen Geschwister, weil nur allein deren Antheile durch die nun erledigten Theile der Weggefallenen vermindert wurden, nicht auch die Portion des Ehegatten. Fallen aber alle Geschwister und deren Kinder ersten Grades aus und treten dafür entferntere Seitenverwandte ein, so tritt ein Anwachs zu Gunsten des Ehegatten ein, denn durch die Geschwister war er auf ein Drittel beschränkt, jetzt vermehrt sich eine Portion auf die Hälfte des Ganzen; fallen endlich alle nahen Verwandten in Folge ihrer Entsagung oder Unfähigkeit aus, so wächst dem Ehegatten auch die zweite Hälfte des Nachlasses zu, denn er war nur durch die Konkurrenz der nun Weggefallenen beschränkt. — Ob ein an sich Mitberufener, welcher durch seine Konkurrenz die Portion des Ehegatten vermindert, und durch seinen Wegfall dieselbe mehrt, durch Entsagung freiwillig, oder wegen seiner Unfähigkeit oder rechtmäßigen Enterbung unfreiwillig wegfällt, macht nach den Gesetzen der juristischen Logik keinen Unterschied.

Daß der testamentarisch zum Erben berufene Ehegatte, welcher die Erbschaft ex testamento ausschlägt, damit auch auf seine Intestaterbfolge verzichtet, folgt aus der Natur seines Successionsrechts ab intestato als eines wahren Erbrechts, ist aber auch ausdrücklich vorgesehen [62]); der im Pflichttheile Verletzte kann nur dessen Ergän-

62) II, 1, §. 491: „Entsagt er (der Ehegatte) der Erbschaft aus dem Testa-

zung oder Entlastung verlangen[63]). Auch ein in einem gehörigen Testamente ihm zugedachtes bloßes Vermächtniß kann der Ehegatte nicht ausschlagen und statt dessen seine Intestatportion wählen[64]), weil er seinen Pflichttheil unter jedem Titel annehmen muß, mehr aber als den Pflichttheil bei dem Vorhandensein eines förmlichen Testamentes, selbst wenn er darin ganz übergangen wäre, nicht zu fordern hat[65]). Anders stände es, wenn der Erblasser nur ein Intestatkodizill errichtet und darin auch dem Ehegatten ein Legat ohne Weiteres beschieden hätte. Dann würde die Intestaterbfolge eintreten und dem Ehegatten das Legat als ein Prälegat zukommen.

## §. 96.

### 3. Erbrecht der Ehegatten in einer Ehe zur linken Hand.

A. L.R. II, 1, §§. 895—903.

Eheleute zur linken Hand haben gegeneinander gar kein gesetzliches Erbrecht[1]). Es ist aber die altdeutsche Sitte aufgenommen, nach welcher den Konkubinen eine Morgengabe bewilligt zu werden pflegte, daher die Benennung „morganatische Ehe", „matrimonium ad morganaticam", „Ehe auf bloße Morgengabe"[2]). Das Landrecht nennt diese Gabe oder Verschreibung im Ehekontrakte „Abfindung". Vorgeschrieben ist: „In dem Ehekontrakte muß der Verlobten jedesmal eine gewisse Abfindung, zu ihrem auskömmlichen Unterhalte auf den Fall der getrennten Ehe, bestimmt sein," sei es in jährlichen Verpflegungsgeldern, oder in einer ein für allemal zu entrichtenden Kapitalssumme[3]). Diese Abfindung und nichts weiter, hat, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt wird, die hinterbliebene Frau als eine Schuld des Mannes aus dessen Nachlaß zu fordern, welche sie — wenn solche in Verpflegungsgeldern besteht — auch behält, wenn sie wieder heirathet[4]). Aber diese Abfindung kann, wiewohl sie als eine Schuld bezeichnet ist, doch reduzirt werden, wenn der Mann Kinder oder Enkel aus einer rechten

---

mente: so finden die Vorschriften des 9ten Titels im I. Th. §§. 398 ff. Anwendung."

63) Ebenda §§. 497, 498 verb. mit §. 631 u. I, 9, §. 402.

64) A. M. Witte a. a. O. S. 91 ohne Angabe von Gründen.

65) II, 1, §. 633 verb. mit II, 2, §§. 432, 442.

1) II, 1, §§. 895 u. 903.

2) Grimm, deutsche Rechtsalterthümer, S. 439. — II. F. 29.

3) II, 1, §§. 848, 849.

4) Ebenda §§. 899 u. 902.

Ehe, aber nicht so viel Vermögen hinterläßt, daß dieselben zusammen, wenigstens halb so viel erben als die Abfindung beträgt: dann muß von der Abfindung das an dieser Hälfte Fehlende gekürzt werden [5]).

## C. Von der Succession auf Grund der Heimathsgemeinschaft.

### §. 97.

#### 1. Geschichtliche Einleitung.

I. Die letzte Genossenschaft, welche auf diejenigen Personen hinweiset, an welche der ohne Verwandte und Ehegatten und ohne ausdrückliche Willenserklärung verstorbene Erblasser mit Wohlwollen wahrscheinlich gedacht haben wird (§. 3, I, 1) und welche daher das Gesetz nach dem muthmaßlichen Willen desselben als dessen Erben bezeichnet, ist die Heimathsgemeinschaft, im heutigen Rechte die Orts- oder Staatsangehörigkeit. Die letzte Zufluchtsstätte eines schutz- und hülfsbedürftigen Menschen ist dessen Heimath und aus dem Schutzrechte der Gemeinden ist das als Korrelat mit der Hülfs- und Schutzpflicht in der Regel Hand in Hand gehende Erbrecht, insbesondere das im Mittelalter fast allgemeine Recht [1]) der Gemeinden, vertreten durch ihre Obrigkeit, abzuleiten, den Nachlaß eines unter ihrer Pflegschaft Verstorbenen an sich zu nehmen und, wenn sich ein näherer Erbe nicht meldete, zu behalten [2]). Im lübischen Rechte [3]) und auch kulmischen Rechte [4]) hat sich dieses Erbrecht noch später erhalten. Die nach einzelnen Statuten gewissen Anstalten und Korporationen, namentlich Armen- und Waisenhäusern, Hospitälern, Heil- oder Versorgungsanstalten, auch Zünften [5]), unter gleichen oder ähnlichen Voraussetzungen zustehenden Successionsrechte sind meistens auf sie übertragen von Seiten der Kommunen, welchen die Anstalten selbst gehören.

---

5) Ebenda §§. 910 u. 911. — Vergl. §. 806.

1) Sachs.-Sp. B. I, Art. 28. — Vermehrter Sachsenspiegel B. I, Kap. 14, dist. 1, und viele Stadtrechte.

2) Fischer, erbschaftliches Versendungsrecht, §. 8, S. 30 ff.; Fischer, Erbfolgsgeschichte der Seitenverwandten, S. 14. — Kindlinger, Münsterische Beiträge, Bd. II, S. 239—241.

3) P. II, tit. 2, Art. 14: „Stirbet Jemand ohne kündige Erben, sein nachgelassen Gut soll man dem Rathe überantworten, zu bewahren Jahr und Tag: wurde sich aber binnen Jahr und Tag niemand angeben, noch wie recht dazu zeugen lassen, so ist das Erbgut dem Rathe heimgefallen." — Vergl. Tit. 1, Art. 9.

4) III, Tit. 9, Kap. 18.

5) z. B. in Berlin. R. vom 30. Dezember 1795 und vom 6. Juni 1797 (Mathis, jurist. Monatsschr., I, S. 460 ff.).

II. Die Romanisten haben die mit dem römischen Rechte nach Deutschland gekommene Lehre über bona vacantia benutzt, das Recht auf erblose Verlassenschaften den selbstständigen Gemeinheiten abzustreiten und als ein Regale den Landesherren zu vindiciren, welches sich in keinem Privat- oder Kommunaleigenthum befinden könne, es sei denn, daß es von dem Landesherrn durch besondere Privilegien verliehen worden. Dieser Satz hat denn auch im Landrechte Aufnahme gefunden. „Das Erbrecht des Staats auf erledigte Verlassenschaften kommt moralischen oder anderen Privatpersonen nur insofern zu, als sie nachweisen können, dasselbe vom Staate auf eine rechtsgültige Weise erworben zu haben;" denn „Verlassenschaften, auf welche keinem Anderen aus rechtsgültigen Willenserklärungen, oder vermöge der Gesetze ein Erbrecht zusteht, sind ein Vorbehalt des Staats [6])." Der geforderte Nachweis soll in einem speziellen Titel bestehen; denn der Umstand, daß an einem Orte ein Partikularrecht gilt, nach welchem der Gemeinde das Recht auf erblose Verlassenschaften zusteht, soll dazu nicht hinreichen; denn mit Bezug auf das lübische Recht ([3]) hat das Obertribunal als Rechtsgrundsatz festgestellt: „Zu einem solchen Erwerbe ist die Beleihung einer Stadt mit lübischem Rechte nicht hinreichend [7])." Der Grund ist vermuthlich aus dem „Statutar-Rechte der Städte des Herzogthums Alt-, Vor- und Hinterpommern, Stettin 1836" hergenommen. Der Verf. sagt nämlich S. 129: „Auf den Grund dieser Bestimmung ([3]) machen die mit lübischem Rechte bewidmeten Städte Anspruch auf die innerhalb der städtischen Jurisdiktion herrenlos werdenden Erbschaften. — — Dieser Anspruch dürfte jedoch nicht begründet sein. Denn der Rath, welchem nach dem lübischen Statut herrenlose Erbschaften zufallen sollen, übte in der freien Reichsstadt Lübeck jura fisci aus, und diese haben die Städte durch die Beleihung mit dem lübischen Rechte allein noch nicht erworben. Dazu bedarf es vielmehr des besondern Privilegiums oder eines speziellen Titels, welcher zur Erwerbung von Regalien geeignet ist." Also ganz die Theorie des Landrechts. Dabei ist nur das Eine übersehen, daß die allgemeine Bestimmung, wonach den erblosen Verlassenschaften die Eigenschaft der Regalität gegeben wird, neu ist und keine rückwirkende Kraft haben kann; die Voraussetzung der jura fisci als Erforderniß zur Anwendung des lübischen Statuts ist eben deshalb ein historischer Irrthum, wie auch

6) II, 16, §. 20 u. §§. 4, 16.

7) Pr. 468, vom 14. Mai 1838 (Präj.-Samml. I, S. 214).

die entsprechende Stelle des Sachsenspiegels (¹), aus welchem die Stelle des lübischen Statuts fast wörtlich herübergenommen ist, offenbar werden läßt; denn der Sachsenspiegel war bekanntlich nicht für freie Reichsstädte, welche jura fisci ausübten, ausschließlich bestimmt, sondern enthielt gemeines Sachsenrecht. — In Beziehung auf Landestheile, in welchen vor dem Landrechte das gemeine Sachsenrecht galt, namentlich in Beziehung auf Schlesien, hat das Obertribunal auch einen anderen Grundsatz festgestellt: „In Schlesien fallen, nach dem daselbst vor Einführung des A. L.R. gültig gewesenen alten Sachsenrechte, erblose Verlassenschaften in der Regel auch jetzt bei Patrimonialgerichten den Gerichtsherren, unter deren Gerichtsbarkeit der Erbfall eintritt, zu, wenn sie sich im Normaljahre 1740 im Besitze dieses Rechts, oder bei Einführung des A. L.R. schon im Besitze der Gerichtsbarkeit befanden [8]." Also soll doch nicht der allgemeine Rechtsgrundsatz genügen, sondern eine besondere Erwerbung — denn der Besitz im Jahre 1740 gilt für Usukapion — nachgewiesen werden.

Durch die Einführung des neuen, durch Willkühr begründeten Rechts, an Stelle des bis daher geltenden Rechts, ist die Rechtslage derjenigen Gemeinden, welche keinen besonderen Erwerbstitel ihres Erbrechts aufzuweisen haben, gegen früher erheblich verschlechtert worden. Denn dieses neue Recht hat das korrelate Erbrecht von dem Schutz- und Hülfsverhältniß (Nr. I) getrennt [8a], das Onus den Gemeinden gelassen und das Kommodum als ein selbstständiges Regale der allgemeinen Staatsgesellschaft (Fiskus) zugeeignet.

Das Allg. Landrecht hat also das Successionsrecht des Fiskus, im Wesentlichen nach den Grundsätzen des römischen Rechts, zum gemeinen preußischen Rechte gemacht und das hergebrachte deutsche Erbrecht der Gemeinden und anderer Korporationen auf Ausnahmen von nachweisbaren Privilegien zurückgedrängt. Das Recht des römischen Fiskus ist jedoch keineswegs unstreitig. Zwar die Fälle,

---

8) Pr. 1727, vom 23. März 1846 (Präj.-Samml. I, S. 215 und Entsch. Bd. XIII, S. 427). — Vergl. die Rechtsfälle im Schles. Arch. Bd. II, S. 110 — 148.

8a) Lauterbach, Coll. theor. pract., L. XXXVIII, tit. 17, §. 57 sagt im Allgemeinen nicht unrichtig: „Moribus nostris eo deventum est, ut loca, quae merum imperium habent, jus succedendi in bonis vacantibus habeant, idque in compensationem onerum illius jurisdictionis." — Vgl. Brunnemann ad L. 1 C. de bonis vacant. (X, 10), nr. 6; Schurf, de const. 83, nr. 7; Klock, Vol. I, cons. 22, nr. 66 et de aerario L. II, cap. 36, nr. 13; Wesenbec, in Pand. tit. de jure fisci in fine. — Auch Koch l. c. §. 117: „Hoc jus — in pluribus germaniae provinciis — — concessum est, — — ut hoc etiam emolumento onera — compensentur."

in welchen dasselbe eintritt, sind weniger bestritten, aber über die Natur des Rechts und über die Frage: mit welchem Rechte der Fiskus eintrete, gehen die Meinungen verschieden auseinander. Zur Zeit der Abfassung des Landrechts standen sich zwei Hauptmeinungen gegenüber. Nach der einen, der älteren, soll der Fiskus niemals durch eine eigentliche successio per universitatem in die Verlassenschaft einer Privatperson eintreten, er soll vielmehr bei erblosen Gütern nur als privilegirter Okkupant betrachtet werden dürfen [9]). Nach der anderen Meinung soll der Fiskus keinesweges nur ein Okkupant sein, er soll auch nicht bloß heredis loco (ein fingirter Erbe), er soll vielmehr wirklicher und wahrer Erbe ab intestato mit allen Konsequenzen sein [10]). In neuerer Zeit ist noch eine dritte Ansicht geltend gemacht worden. Nach dieser kann man den Fiskus weder als heres oder bonorum possessor, noch als Einen, welcher heredis loco sei, bezeichnen; derselbe gehöre zu den übrigen Universalsuccessoren (alii oder ceteri successores in den Quellen) außer dem heres oder bonorum possessor, und zwar zu den honorarii successores [11]). Diese neuere Ansicht hat für das praktische Recht ein untergeordnetes Interesse und kommt für das preußische Recht nicht in Betracht. Dagegen bewegt sich die Verschiedenheit jener älteren Meinungen nicht um bloße Schulfragen, sondern hat die wichtigsten praktischen Folgen, namentlich hängt von der Annahme der einen oder der anderen die Entscheidung der Fragen ab: in wieweit der Fiskus den Gläubigern und Legatarien haftet: ob unbedingt als Erbe oder nur so lange er die Erbschaftsmasse wirklich hinter sich hat, d. h. als possessor hereditatis; ferner: welcher Fiskus zur Erbschaft berufen sei, wenn die Bestandtheile derselben in verschiedenen Territorien belegen sind [12]). — Das Landrecht behandelt das Recht des Fiskus auf erblose Verlassenschaften als Erbrecht und betrachtet

---

9) Diese Meinung ist von Neuem von Blume, im rheinischen Museum Bd. IV, S. 212 ff. mit großer Gewandtheit vertheidigt. Dazu tritt noch Elvers, praktische Arbeiten (Rostock 1836), S. 42 ff.

10) Von Neuem vertheidigt durch Alex. Aug. v. Buchholz, in seinen juristischen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechts (Königsberg 1833), S. 106 ff.; und von Carl Adolph Schmidt, de successione fisci in bona vacantia, Jenae 1836. (Eine mit der ersten Prämie gekrönte Preisschrift.) Dazu die Recens. in Richter's kritischen Jahrb. für Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 309 ff.

11) v. Schröter, zu der Lehre von den bona vacantia (Linde, Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß, Bd. X, S. 89 ff.). Dort, S. 96, findet sich auch die Literatur der Kontroverse bis dahin.

12) Blume a. a. O. S. 212.

den Fiskus als wirklichen Erben. Wiewohl nach preußischem Rechte Alles wegfällt, woraus nach römischem Rechte die Zweifelsgründe hergeleitet werden, und obgleich die Ausdrücke des Gesetzes nicht zweifelhaft und dunkel sind, so ist doch auch dem preußischen Fiskus die Erbesquälität oder doch das daraus folgende Recht der Entsagung bestritten worden; daher ist es vor Allem nöthig, diese Qualität festzustellen. Die Hauptstellen sind folgende:

„Wenn ein Verstorbener Niemanden hinterläßt, dem aus rechtsgültigen Willenserklärungen, oder vermöge der Gesetze, ein Erbrecht auf sein Vermögen zukömmt; so fällt seine Erbschaft dem Staate anheim."

„Wenn der durch gültige Willenserklärungen ernannte Erbe nicht Erbe sein kann oder will, oder seines Erbrechts, als dessen unwürdig, verlustig wird; und Niemand vorhanden ist, welcher nach der Verfügung des Erblassers, oder nach Vorschrift der Gesetze, an seine Stelle treten könnte: so fällt die Erbschaft ebenfalls dem Fiskus anheim [13]."

Ein Appellationsgericht hat hierin die Anerkennung des Fiskus als Erben nicht zu ersehen vermocht, nicht etwa aus einem sachlichen Grunde, sondern weil nach diesem Gesetze dem Fiskus eine vakante Erbschaft nicht *anfalle*, sondern „*anheim falle*", woraus denn folgen sollte, daß er sich derselben nicht begeben könne, da hinter ihm Niemand vorhanden, an den sie eventuell gelangen könnte [14]. Aber mit dergleichen Wortdeutungen läßt sich in der Rechtswissenschaft überhaupt wenig ausrichten; in diesem Falle aber trifft es sich überdies, daß die Deutung sich als eine Mißdeutung nachweisen läßt, indem der Gesetzgeber sich des nämlichen Ausdrucks auch in Beziehung auf andere Erben bedient. Er sagt an einer anderen Stelle: „Jeder, dem eine Erbschaft *anheim gefallen* ist, hat die Wahl: ob er dieselbe — — übernehmen, oder ihr entsagen wolle [15]." Hieraus offenbart sich, daß der Ausdruck „*anheim fallen*" in der Bedeutung von *anfallen* gebraucht ist. Außerdem verschwindet jeder berechtigte Zweifel vor folgenden weiteren Bestimmungen:

„Das „*Erbrecht*" des Staats auf erledigte Verlassenschaften kommt moralischen oder anderen Privatpersonen nur insofern zu, als sie nachweisen können" u. s. w.

---

13) II, 16, §§. 16, 17.

14) Entsch. des Obertr. Bd. VII, S. 157 ff.

15) A. L.R. I, 9, §. 383.

„Der Fiskus hat, in Beziehung auf einen solchen Nachlaß, alle Rechte und Pflichten eines gemeinen Erben [16]).“

„Es bedarf — keiner Erklärung des Fisci über die Antretung oder Entsagung der „Erbschaft [17]).“

Die letzte Bestimmung paßt zwar nicht in das System in Betreff der Haftung eines sich nicht erklärenden Erben, sie beweist aber schlagend die Erbesqualität des Fiskus, denn sie ist ein nur durch Willkühr begründetes Privilegium des Fiskus zur Begünstigung seiner Verwaltung, dessen es nicht bedurft hätte, wenn der Fiskus nicht wahrer Erbe, sondern nur ein privilegirter Okkupant wäre.

### §. 98.

#### 2. Erbrecht des Fiskus.

A. L.R. Th. II, Tit. 16, §§. 16—29.

Am Ende des vorigen Paragraphen ist nachgewiesen, daß nach preußischen Rechtsgrundsätzen der Fiskus wahrer Intestaterbe ist, indem der Staat, bezüglich auf das Erbrecht, die einzelnen Heimathsorte, auf welche sich die äußerste, weiteste Gemeinschaft des Individuums als Grund des Schutz- und Hülfsrechts und des korrelaten Erbrechts erstreckt, in sich aufnimmt, centralisirt; sie sind in dieser Hinsicht in den allgemeinen Staatsverband aufgegangen. Daß dieses Erbrecht nicht, wie es seine rechtliche Natur mit sich bringt, wechselseitig ist, liegt in der physischen Natur der beiden Subjekte: die große Universitas stirbt nicht. Nach diesem letzten Intestaterben, wenn auch er die Erbschaft verschmäht, ist, nach der Rechtsidee, freies Okkupationsrecht. Daß es faktisch nicht in die Erscheinung tritt, liegt darin, daß, wenn etwas nachgelassen ist, die Gläubiger herzutreten, und wenn nichts nehmenswerthes da ist, was meistens der Fall bei dergleichen Verlassenschaften sein wird, eben nichts zu okkupiren ist. Was hier von dem Fiskus gesagt wird, gilt auch von den Gemeinden und anderen Korporationen [17a]), welchen es gelungen ist, sich in ihrem Rechte zu erhalten und welche ihm dann vorgehen. Aus der Erbesqualität folgen nachstehende Sätze:

1. Der Fiskus und die ihm gleichberechtigten oder vorgehenden

---

16) II, 16, §§. 20 u. 25.

17) Anh. z. A. L.R. (I, 9, §. 410) §. 9. Vergl. R. vom 20. Oktober 1794 (Rabe, Bd. II, S. 699; Stengel, Bd. I, S. 42).

17a) Das Obertr. spricht freilich gegen die juristische Konsequenz einem Hospital das Recht ab, der Erbschaft eines Pfleglings zu entsagen und seine Forderung bezahlt zu verlangen. Pr. 1638, vom 1. November 1845, Anm. 65 zu §. 50, II, 19.

Korporationen bilden eine eigene letzte Klasse der Intestaterben; wären sie nur Okkupanten, so gehörten sie nicht in das Einzelne des Erbrechts [18]).

2. Der Fiskus erwirbt, wie jeder gemeine Erbe, die Erbschaft ipso jure und kann sich auch davon abstiniren [19]). Thut er das nicht, so bleibt er Erbe und haftet als solcher. Hierbei kommt ihm nun das vorhin am Schlusse des vorhergehenden §. 96 erwähnte Privilegium zu Hülfe, nach welchem es der Entsagung des Fiskus in dem Falle nicht bedarf, wenn ein Erbe nicht ausdrücklich zu Gunsten des auf ihn Folgenden entsagt hat und deshalb die Gläubiger des Erblassers auf Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu dringen berechtigt sind. „Daher" bedarf es keiner Erklärung des Fisci über die Antretung oder Entsagung der Erbschaft, „sondern es wird entweder mit der Konkurseröffnung verfahren, oder wenn, wie doch in einem solchen Falle schwerlich zu erwarten ist, die Gläubiger dagegen protestiren sollten, so findet ad instantiam des zu bestellenden Verlassenschaftskurators der erbschaftliche Liquidationsprozeß statt ([17])." Dieses Privilegium ist weder auf andere Fälle noch auf andere Erbberechtigte dieser Klasse auszudehnen.

3. Der Fiskus haftet für die Erbschaftsschulden den Gläubigern ultra substantiam der Erbschaft, er kann sich aber, wie ein gemeiner Erbe, durch gehörige Errichtung und rechtzeitige Niederlegung eines Inventariums das beneficium inventarii erwerben ([16]).

4. Tritt derselbe an die Stelle von die Erbschaft ausschlagenden, oder dazu nicht fähigen oder nicht würdigen Testamentserben, so muß er aus dem Testamente alles leisten, wozu der ernannte Erbe, wenn derselbe wirklich Erbe geworden wäre, gesetzlich ver-

---

18) Vergl. Blume a. a. O. S. 213.

19) „Der Fiskus, welchem eine erblose Verlassenschaft anheimfällt, ist als Erbe anzusehen und der Erbschaft zu entsagen befugt." Pr. des Obertr. 1025, vom 26. Juni 1841 (Präj.-Samml. I, S. 32 und Entsch. Bd. VII, S. 155). Was hiergegen Temme in seiner Recension (Jurist. Wochenschr. 1843 Sp. 169) vorgebracht hat, ist unjuristisch. Hauptsächlich wendet er sich gegen das Gewicht, welches das Obertr. auf die Worte des Landrechts: „Erbrecht des Staats" (Note 16) legt, und sagt: „Der Staat kann niemals erben; erben kann nur der Fiskus." Der Fiskus ist aber eben der Staat selbst und führt nur als Vermögenssubjekt diesen Namen. Denn der heutige Staat kann als erste und größte Korporation so gut Vermögen besitzen wie jene Gemeinde und wie es der römische Staat, d. h. die alte Stadt Rom selbst, konnte. Was noch weiter dagegen vorgebracht wird, daß das Obertr. den Grund des fiskalischen Erbrechts in dem Regalienrechte suche, während das Erbrecht seinen Grund nur in einem faktischen Verhältnisse haben könne; so beweiset dieses, wenn auch das Obertrib. fehlgegriffen hätte, gar nichts gegen die Existenz des Erbrechts des Staats; denn das postulirte faktische Verhältniß ist vorhanden (§. 96).

pflichtet sein würde, „cum clausula codicillaris, etiamsi expressa adjecta non sit, tacite subintelligatur." „Quum heredis nomen mutata voluntate paterfamilias incisis tabulis induxisset, atque ideo fisco portionis emolumentum adjudicatum fuisset, eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant voluntatem, divo Marco placuit, et ideo cum suo onere fiscum succedere[20])."

5. Der Fiskus, welcher nach geführter Legitimation durch öffentliches Aufgebot der vakanten Erbschaft und Präklusion der etwanigen näheren Erben die Erbschaft in Besitz genommen hat, muß, wie ein gemeiner Erbe, dieselbe dem später zum Vorschein kommenden näheren Erben herausgeben, so lange die gewöhnliche Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist[21]).

6. Dem Fiskus steht, wie einem gemeinen Erben, zur Geltendmachung seines Erbrechts die hereditatis petitio zu, welche jedoch erst in der langen fiskalischen Frist, nicht schon in der römischen Präklusivfrist von vier Jahren, verjährt[22]).

7. Ist die Erbschaft in verschiedenen Territorien belegen, so ist derjenige Erbberechtigte dieser Klasse der Universalsuccessor, welcher am Wohnorte des Verstorbenen zur Erbfolge berufen ist. Dieser Satz ist im Landrechte nicht ausgesprochen. Die sich auf diesen Fall beziehenden Bestimmungen lauten:

> „Besaß der Verstorbene Vermögen an verschiedenen Orten, wo verschiedenen Behörden das Recht, erblose Verlassenschaften in Besitz zu nehmen, zukommt: so gebührt jedem Berechtigten das zur Zeit des Todes in seinem Bezirke befindliche bewegliche und unbewegliche Vermögen."
>
> „Ausstehende Kapitalien aber gebühren demjenigen, welcher an dem letzten eigentlichen Wohnorte des Erblassers zur Einziehung erbloser Verlassenschaften berechtigt ist[23])."

Wer die Schulden bezahlen soll, ist nicht gesagt. Mit dieser Vertheilung sind die Verf. des Landrechts in die Inkonsequenz der Juristen des vorigen Jahrhunderts verfallen; denn auch solche von ihnen, welche dem Fiskus ein wirkliches Erbrecht zuschreiben[24]), blei-

---

20) II, 16, §. 26; I, 12, §. 279. — L. 12, §. 2 D. de indignis (XXXIV, 9). Vergl. L. 12 D. eodem; L. 3, §. 5 D. Ad SC. Trebell. (XXXVI, 1), L. 14 D. de jure fisci (XLIX, 14). — Koch l. c. §. 119.

21) II, 16, §§. 24, 27; I, 9, §§. 471—481, 494—499.

22) II, 16, §. 21. — L. 20, §. 7 D. de hered. petit. (V, 3). Vergl. L. 1, §. 2 D. de jure fisci (XLIX, 14).

23) II, 16, §§. 28, 29.

24) z. B. Stryk, de successione ab intest., Diss. V, cap. 1, §§. 45 sqq.;

ben bei der damals herrschenden Meinung, daß in dem vorausgesetzten Falle der auswärtige Fiskus bei den auswärts gelegenen Gütern von dem Fiskus des Wohnorts nicht ausgeschlossen werde. Doch über das Wie der Theilnehmung waren die Meinungen wieder verschieden. Einige nehmen an, daß der Fiskus des letzten Wohnsitzes des Erblassers alles bewegliche Gut erhalte; das unbewegliche Gut aber dem Fiskus rei sitae zukomme [25]). Andere meinen, jeder Fiskus habe diejenigen Güter ohne Unterschied zu erhalten, welche sich in seinem Distrikt vorfinden, oder dort belegen sind [26]); wie es hiernach mit den ausstehenden Forderungen gehalten werden soll, ist ungewiß. Wie der Wortlaut ([23]) zeigt, hat gerade diese Meinung Aufnahme im Landrecht gefunden, und zwar mit einer Ergänzung hinsichtlich der Forderungen, wobei in Betreff der hypothekarischen Kapitalien kein Unterschied hat gemacht werden sollen [27]). Uebrig bleibt die Frage wegen der Haftung für die Schulden. Es lassen sich zwei Wege denken, welche mit der im Landrechte angenommenen Erbesqualität des Fiskus vereinbar sind. Entweder man nimmt an, nur der Fiskus des Wohnorts des Verstorbenen ist der alleinige wahre Erbe; die auswärtigen gleichzeitig Berechtigten sind nur Singularsuccessoren (Legatare) [28]). Das würde theoretisch das richtige sein, aber unpraktisch; denn in gar vielen Fällen würde dem wahren Erben nach Abzug der ihm allein zur Last fallenden Schulden wenig oder nichts übrig bleiben. Oder man betrachtet sämmtliche Berufene als Universalsuccessoren und Miterben und behandelt die Zuweisungen der verschiedenen Bestandtheile des Nachlasses als Theilungsvorschriften, so daß Jeder nach Verhältniß seines Erbtheils zu den Schulden beizutragen hat. Diese Meinung findet sich auch bei einigen jener Juristen. „Sed si plures fisci succedant, unusquisque tenetur pro rata bonorum, quae eis deferuntur [29]).“ Diese Meinung entspricht den Grundsätzen des Landrechts. Denn da dem

---

Madihn, de success., cap. I, Sect. 1, membr. 2, §. 57; Hellfeld, jurispr. for., §§. 1661 et 1662 in fine.

25) Stryk l. c. §§. 47, 48; Lauterbach l. c. §. 57 in fine; Hellfeld l. c. §. 1161 in fine, u. A.

26) Voet, Comment. ad Pand. L. XXXVIII, tit. 17, §. 29; — Pufendorf, Obs., Tom. III, obs. 14, §§. 22 sqq.; — Koch l. c. §. 120.

27) Suarez, Revisionsbem. zu §. 29, in den Jahrb. Bd. LII, S. 57.

28) Das meint auch wohl Hellfeld im §. 1162 i. f. mit den Worten: „Ceterum universalis successio fit secundum statuta loci, quo domicilium habuit defunctus.“ Vergl. Pufendorf, Obs., Tom. I, obs. 28, §§. 8 sqq.

29) Lauterbach l. c. §. 58 in fine, wobei er sich auf Rittershausen, ad Nov. 7, c. 19, n. 4, und die Franzosen Jean Baquet und Barry beruft.

Fiskus ein wirkliches Erbrecht zuerkannt ist, so müssen in dem Falle, wo mehrere Berechtigte gleichzeitig ohne Unterschied berufen werden, Alle auch Erben sein. Unter Anwendung dieses Grundsatzes erledigen sich denn auch die Schwierigkeiten, die aus der anomalen gesetzlichen Berufung der einzelnen Miterben auf bestimmte Gegenstände (welche sonderbare Berufung hier auf internationalen und politischen Rücksichten beruht) bei der Auseinandersetzung wegen der Schulden, die doch auf der Universitas haften, sonst entstehen würden. (Vergl. oben, §. 3, I, Nr. 3.) Ist der Miterbe eine inländische Korporation, so entscheidet das ordentliche Erbschaftsgericht den etwa entstehenden Streit; will ein auswärtiger Fiskus den Grundsatz nicht anerkennen und sich dadurch von dem Beitrage zu den Schulden, — den Mitberechtigten gegenüber — befreien, so entsteht Unfrieden, dessen nächste Folge die Anwendung der Retorsion in künftigen Fällen ist.

---

## Zweites Kapitel.

## Von den Theilnehmungsrechten mehrerer Intestaterben.

### §. 99.

### A. Grundsätze.

I. Sämmtlichen Intestaterben, welche ein Verstorbener hinterläßt, wird mit dem Eintritt des Todes des Erblassers die Erbschaft zugleich deferirt, mag er ein Testament hinterlassen haben und das Testament destitut werden, oder mag er von Anfang testamentlos verstorben sein (§. 11, Nr. III), d. h. der Ausfall des Nächsten enthält keine neue Delation für den Folgenden, sondern nur den Eintritt der Bedingung, unter welcher er berufen ist. Denn Alle, welche zu den Intestaterben des Erblassers gehören, werden unter einer Bedingung berufen: der Nächste unter der: wenn der Testamentserbe die Erbschaft ausschlägt; jeder Folgende unter der: wenn der Vorgehende die Erbschaft ausschlägt, oder — was auch von dem Nächsten gilt: wenn er nicht Erbe werden kann, oder als ein Unwürdiger der Erbschaft verlustig wird. Die vorhin vorgetragenen Gründe der Intestaterbfolge (§§. 83—97) ergeben, daß eine große Anzahl von Personen zur Nachfolge an sich berufen sein, daß aber nicht alle zugleich Erben werden können. Gewisse Gruppen der Intestaterben schließen, wenn sie vorhanden sind, andere aus. Daraus entsteht unter den verschiedenen Gruppen eine Rangordnung. Die Schule

nennt solche die Erbfolgeordnung (den ordo succedentium — Klasse der Erben, d. h. den Inbegriff mehrerer Intestaterben einer bestimmten Art, welche auf derselben Stufe zur Erbfolge berufen sind). (§. 100.) Ist auf der nächsten Stufe oder, wie wir sagen, in der ersten Klasse kein Erbfolgefähiger vorhanden, oder schlägt er die Erbschaft aus, und steht in dieser Klasse kein Gleichberechtigter neben ihm, auch keine Person hinter ihm, welche durch successio graduum in seine Stelle treten könnte, so tritt successio ordinum ein, d. h. die in der nächstfolgenden Klasse stehenden Personen gelangen zur Succession. Ein solches Aufeinanderfolgen der verschiedenen Arten der Verwandten war bekanntlich im alten römischen Rechte ausdrücklich ausgeschlossen; so bald ein Näherer vorhanden war, hatte der Entferntere gar kein Recht, auch wenn Jener von seinem Rechte keinen Gebrauch machen wollte [1]); die Erbschaft war dann erblos und Gegenstand freier Okkupation, nur daß damit auch die sacra auf den Erwerber übergingen [2]). Erst das successorische Edikt des Prätors führte die successio graduum und ordinum ein in der bonorum possessio intestati [3]); wogegen das jus accrescendi, wenn von mehreren Gleichberechtigten Einer oder Einige ausfielen, den Uebrigen auf das Ganze schon bei der alten legitima hereditas zustand [4]) und demnächst im prätorischen Edikte beibehalten wurde [5]).

II. Ob nach preußischem Rechte in dem Falle, wo in einer einzelnen Ordnung unter mehreren darin stehenden Intestaterben der Eine oder Andere ausfällt, successio graduum, oder das Accrescenzrecht eintritt, das hängt von dem in der bestimmten Klasse geltenden Successionsprinzipe ab (§. 101 ff.). Das Prinzip des Accrescenzrechts bei der Intestaterbfolge, und wie demzufolge die vakante Portion unter die Miterben nach Maßstabe der Art, wie sie nach dem Successionsprinzip succediren, vertheilt wird, ist schon oben (§. 95, lit. D) nachgewiesen. Die successio graduum schließt das Accrescenzrecht aus.

---

1) Ulpian, XXVI, §. 5: — — „Quodsi nemo eorum (agnatorum) adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est.“

2) Cicero, de legibus, II, 19.

3) L. 1, §. 8 D. de successorio edicto (XXXVIII, 9); — §. 7 Inst. de legit. agnat. successione (III, 2).

4) Ulpian l. c.: „Si plures eodem gradu sint agnati, et quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel antequam adierint, decesserint: eorum pars adcrescit his, qui adierunt.“

5) L. 3, §. 9, L. 4 et 5 D. de bonorum poss. (XXXVII, 1). — §. 4 Inst. de SCt. Orphit. (III, 4).

## §. 100.
## B. Erbfolgeordnung.

Aeltere preußische Schriftsteller, namentlich Eggers, Gründler, kennen noch keine Klassen der Intestaterben. Die späteren folgen hierin den gemeinrechtlichen. Der erste Monographist des Erbrechts, Crelinger, sagt: „Auch nach dem A. L.R. läßt sich die Reihe der zur Erbfolge Gelangenden nach besonderen Klassen theilen, deren am zweckmäßigsten fünf angenommen werden." Er klassificirt aber nicht die „zur Erbfolge Gelangenden" sämmtlich, sondern nur die Verwandten, nämlich: 1) eheliche Descendenten; 2) Ascendenten ersten Grades; 3) vollbürtige Geschwister und deren Descendenten; 4) halbbürtige Geschwister und deren Descendenten nebst entfernteren Ascendenten; 5) alle übrigen Verwandten. Daneben nimmt er, wahrscheinlich nach Koch, eine Erbfolge ex specialibus causis an, unter welchem Titel er das Erbrecht des Ehegatten, des Pflegers eines Hülfslosen, der anerkannten Armenanstalten, des Fiskus vorträgt [6]. Witte ist im Wesentlichen hierbei stehen geblieben. Er nimmt eine ordentliche und eine außerordentliche Intestaterbfolge an. Die ordentliche ist diejenige, welche sich auf legitime Blutsverwandtschaft gründet und in dieselben fünf Klassen getheilt wird; das Erbrecht der Ehegatten wird für sich allein stehend behandelt; die außerordentliche Erbfolge umfaßt die der künstlichen Verwandtschaft, der illegitimen Verwandtschaft, des Pflegers und der Armenanstalten, des Fiskus [7].

Keine dieser Eintheilungen erscheint erschöpfend oder den Grundsätzen des Landrechts entsprechend. Ist ein bestimmtes Erbrecht, z. B. das des Fiskus [8], das der Ehegatten, das der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand, durch ein allgemeines Gesetz anerkannt oder gegründet, so beruht es ja nicht auf einem speziellen Titel oder einem beneficio; es ist so gut ein ordentliches Erbrecht wie das der Blutsverwandten siebenten und noch weiter entfernten Grades und es findet sich kein Grund, warum diese Intestaterben nicht ebenfalls in die ihrem Erbfolgerechte entsprechende Klasse sollten gesetzt werden dürfen, wenn es doch Aufgabe der literarischen Thätigkeit ist, eine übersichtliche und erschöpfende Klassifikation, welche nicht gegen die

6) Preuß. Erbrecht §§. 22, 32, 33.

7) Preuß. Intestaterbrecht §. 9, S. 30; §§. 19—29, 31—48.

8) Blume sagt ganz richtig: „Ist der Fiskus Erbe, so bildet er eine eigene — Klasse der Intestaterben." Rheinisches Museum Bd. IV, S. 213.

Gesetze der Logik verstößt, zu schaffen. Nach diesem Gesichtspunkte halte ich folgende Eintheilung sämmtlicher gesetzlichen Universalerben für passend, nachdem ich noch vorausgeschickt habe, daß der Pfleger und die Armenhäuser in keiner Klasse vorkommen werden, weil sie nicht zu den gesetzlichen Universalerben gehören, sondern solche Begünstigte sind, auf welche das Erbrecht des eigentlichen Erben unter den bestimmten Voraussetzungen in Folge der wegen Unwürdigkeit des wahren Erben eintretenden Entziehung als ein ereptorium übertragen wird. (§. 84.) Diese Klassen sind:

Erste Klasse. Die erbfähigen (also nach der Mutter auch die unehelichen und die aus einer Ehe zur rechten Hand entsprossenen) Abkömmlinge, ohne Rücksicht auf den Grad der Verwandtschaft, vorausgesetzt, daß zwischen dem Erblasser und dem Entfernteren in derselben Linie kein Näherer in der Mitte steht. In Frage ist gekommen, wie es mit den Abkömmlingen einer unehelichen Tochter hinsichtlich des Erbrechts in den Nachlaß der unehelichen Großmutter stehe, ob namentlich die Kinder der vor der Mutter verstorbenen unehelichen Tochter in die Stelle ihrer Mutter rücken. Hinsichtlich der ehelichen Kinder des unehelichen Kindes ist die Frage dahin entschieden, daß das gesetzliche Erbrecht des unehelichen Kindes im Nachlasse seiner Mutter auch dessen ehelichen Kindern zusteht [9]). In Betreff der unehelichen Kinder der unehelichen Tochter ist die Frage nicht ausdrücklich entschieden; denn der Satz des Landrechts: „Uneheliche Kinder haben also auch aus dem Nachlasse der mütterlichen Großeltern keinen Pflichttheil zu fordern [10])," läßt die Frage offen; man kann gesetzlicher Erbe sein, ohne einen Pflichttheil zu fordern zu haben. Aber der Vordersatz, von welchem dieser Satz durch die Worte „also auch" abgeleitet wird, nämlich der vorangehende Grundsatz: „Zwischen unehelichen Kindern und den Verwandten beiderlei Eltern findet in der Regel keine gesetzliche Erbfolge statt" [11]), schließt die weiteren unehelichen Abkömmlinge aus. An welche gesetzliche Ausnahmen bei den Worten „in der Regel" gedacht worden sei, wissen wir nicht, das Landrecht kennt dergleichen auf dem Gesetze beruhende Ausnahmen nicht [12]). — Mit den Abkömmlingen des Erblassers konkurrirt der hinterbliebene Ehegatte desselben.

Zweite Klasse. Der Vater und die Mutter des Erblassers

9) Pr. des Obertr. 2273, vom 19. Februar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 307). Vergl. R. vom 29. April 1837 (Jahrb. Bd. XLIX, S. 435).

10) II, 2, §. 661.

11) Ebenda §. 660.

12) Nach Partikularrechten kommen solche vor. Vergl. m. Anm. 43 zu §. 639 d. T.

oder welcher von ihnen noch vorhanden ist, die Kinder aus einer Ehe zur linken Hand und wenn dergleichen nicht vorhanden sind, die etwaigen unehelichen Kinder des männlichen Erblassers, und der hinterbliebene Ehegatte aus echter Ehe.

Dritte Klasse. Vollbürtige Geschwister und die Abkömmlinge vorverstorbener Geschwister ohne Unterschied des Grades, desgleichen der hinterbliebene Ehegatte des Erblassers aus rechter Ehe und die Kinder aus einer Ehe zur linken Hand, eventuell uneheliche Kinder.

Vierte Klasse. Die entfernteren Ascendenten nach der Gradesnähe, die Halbgeschwister und die Abkömmlinge vorverstorbener Halbgeschwister ohne Unterschied des Grades; desgleichen der hinterbliebene Ehegatte aus echter Ehe und illegitime Kinder des männlichen Erblassers.

Fünfte Klasse. Die übrigen Seitenverwandten innerhalb des sechsten Grades nach der Gradesnähe, und der hinterbliebene Ehegatte aus echter Ehe, so wie illegitime Kinder des männlichen Erblassers.

Sechste Klasse. Die Kinder des väterlichen Erblassers aus einer Ehe zur linken Hand und die rechtmäßige Wittwe.

Siebente Klasse. Der hinterbliebene rechtmäßige Ehegatte und uneheliche Kinder ihres väterlichen Erblassers.

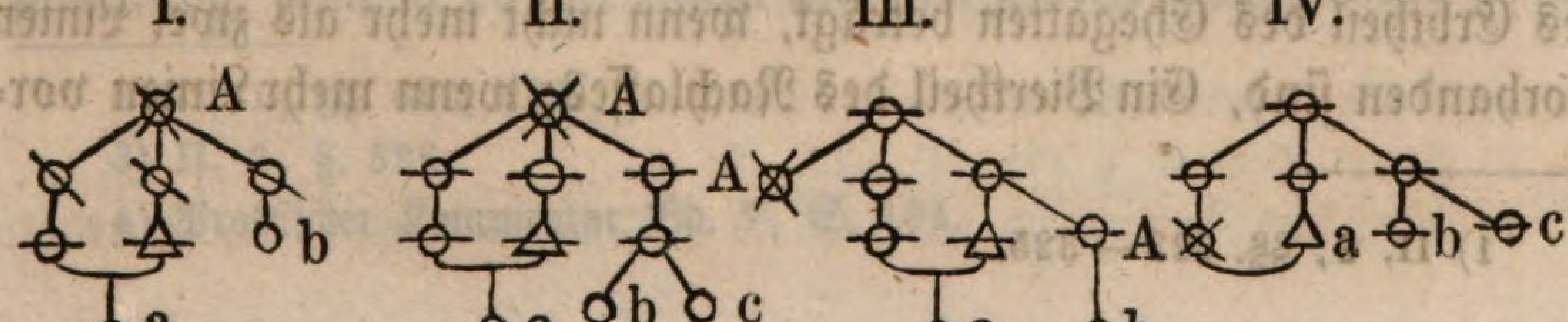
Achte Klasse. Die entfernteren Verwandten in infinitum nach der Gradesnähe und uneheliche Kinder ihres väterlichen Erblassers.

Neunte Klasse. Die Heimathsgemeinde des Erblassers oder in deren Ermangelung der Fiskus, und uneheliche Kinder ihres Vaters.

Die Regel, daß jede Klasse die folgende ausschließt, so lange auch nur eine einzige Person in der vorhergehenden Klasse vorhanden ist, bezieht sich nur auf die Ordnung der Verwandten (§. 90 a. E.) und auf die vorbenannten Klassen der Intestaterben nur in Betreff der darin eingereiheten rechtmäßigen Verwandten, wie sich bei den einzelnen Klassen zeigen wird.

In den Klassen, wo nach Linien oder in stirpes succedirt wird, namentlich in der ersten und dritten, erhält der mit dem Erblasser doppelt oder mehrfach Verwandte eben so viele Portionen als er auf verschiedenen Wegen mehrfach verwandt oder auch zugleich auf Grund der Geschlechtsgemeinschaft berufen ist. Z. B.

I. II. III. IV.



In Nr. I hinterließ A einen Urenkel a und einen Enkel b; der Urenkel ist aber der Abkömmling aus einem Enkel und einer Enkelin zweier verschiedenen Linien. Der Urenkel a vereinigt somit die beiden Linien seiner Eltern in sich und erhält zwei Drittel der urgroßväterlichen Erbschaft; der Enkel b erhält nur Ein Drittel. Aehnlich ist es in Nr. II. Hier erhält von der Verlassenschaft des Urgroßvaters A der eine Urenkel a zwei Drittel und die Urenkel b und c zusammen Ein Drittel. In Nr. III hinterläßt A zwei Geschwisterenkel a und b von zwei vorverstorbenen Brüdern. Seine Verlassenschaft verfällt also auf zwei Linien. Die Eine kommt ganz auf a als den einzigen Enkel des Einen Bruders; a ist aber auch zugleich der Enkel des zweiten Bruders aus einer Tochter desselben neben einem zweiten Enkel aus einem Sohne desselben, mithin nimmt a auch von der zweiten Hälfte des Ganzen die Hälfte, also drei Viertel der Erbschaft und b erhält ein Viertel. In Nr. IV hinterläßt A eine Wittwe a, die zugleich die Tochter eines vorverstorbenen Vatersbruders ist, und daneben noch zwei Söhne eines zweiten vorverstorbenen Vatersbruders. Die Wittwe erhält als solche neben den Seitenverwandten die Hälfte der Erbschaft; die andere Hälfte theilen die Vaterbruderkinder nach Linien unter sich, mithin erhält die Wittwe a als Tochter des einen Vaterbruders Ein Viertel und die beiden Söhne des andern Vaterbruders, b und c, jeder Ein Achtel der ganzen Erbschaft.

## C. Art und Weise der Succession und der Theilnehmung Mehrerer in den einzelnen Klassen.

### §. 101.

### In der Ersten Klasse.

A. L.R. II, 2, §§. 271 ff., 302—377; — §§. 586, 656, 657; — II, 1, §§. 621 ff.

I. Der hinterbliebene Ehegatte aus gezweiter Ehe nimmt den ihm zukommenden Erbtheil von der bei dem Tode des Erblassers wirklich vorhandenen Masse vorweg, weil er von der Ausgleichung (Kollation) der Descendenten bei der Theilung des auf sie fallenden Theils der Erbschaft unter sich weder Schaden noch Vortheil haben soll; denn nur die Descendenten konferiren sich gegenseitig [1]). — Dieses Erbtheil des Ehegatten beträgt, wenn nicht mehr als zwei Linien vorhanden sind, Ein Viertheil des Nachlasses; wenn mehr Linien vor-

1) II, 2, §§. 323—325.

handen sind, die Portion einer Linie, welche sich vom Erblasser zieht (§. 95, lit. C). Eine Linie ist jedes Kind des Erblassers mit seinen Abkömmlingen; die Abkömmlinge eines Vorverstorbenen, Entsagenden oder Enterbten zählen also nur je für Ein Haupt, so daß wenn z. B. ein Kind ersten Grades und fünf Kinder eines vorverstorbenen Kindes des Erblassers konkurriren, der Ehegatte nicht etwa einen Kopftheil, d. i. Ein Siebentel, sondern Ein Viertel, gleich als wenn zwei Kinder vorhanden wären, erhält [2]). Fällt der Ehegatte durch Entsagung oder Enterbung aus, so accrescirt seine Portion den Descendenten nach Verhältniß ihrer Erbtheile von selbst, indem solche in der Masse verbleibt (§. 95, lit. D).

Wie es bei stattgehabter Gütergemeinschaft hinsichtlich der Theilnehmung des hinterbliebenen Ehegatten an der Erbschaft nach dem Vorverstorbenen bei der Konkurrenz mit Descendenten steht, ist schon ausführlich gesagt (§. 94, II, lit A, 4, lit b). Hier ist noch einer Stelle zu gedenken, welche sich unter den Bestimmungen über die Ausgleichung unter den Descendenten wegen der Ausstattungen und anderer Zuwendungen befindet. Sie lautet:

> „Hat ein in der Gütergemeinschaft lebender Ehemann seine Kinder aus früheren Ehen während einer folgenden, ohne Einwilligung der Ehefrau reichlich ausgestattet, und beträgt nach seinem Abgange das gemeinschaftliche Vermögen nicht so viel, daß die Ehefrau wenigstens Das, was sie in die Gemeinschaft gebracht hat, zurückerhalten kann: so müssen ihr die ausgestatteten Kinder das Fehlende soweit, und in dem Verhältnisse ersetzen, wie sie mehr, als die eigentliche Nothdurft, zur Ausstattung erhalten haben [3])."

Diese Anordnung ist verschieden aufgefaßt worden. Bielitz [4]) erklärt sie für eine Wiederholung des §. 382, Tit. 1 a. a. O., wonach die Frau, insofern der Mann durch Schenkungen, die aus bloßer Freigebigkeit herrühren, das gemeinschaftliche Vermögen, ohne Einwilligung der Frau, dergestalt erschöpft hätte, daß nach getrennter Ehe die Frau nicht soviel, als sie in die Gemeinschaft gebracht hat, zurück erhalten könnte, berechtigt sein soll, dergleichen Schenkungen insoweit zu widerrufen, als es zur Ergänzung des Fehlenden nothwendig ist; — aber für eine nothwendige Wiederholung dieser Bestimmung, weil sie es mit einem anderen Objekt als dem des §. 382

2) II, 1, §§. 623, 624.

3) II, 2, §. 326.

4) Praktischer Kommentar Bd. V, S. 494.

zu thun habe. Denn dieser §. 382 rede nur von Schenkungen aus reiner Freigebigkeit; unser §. 326 dagegen spreche von einem lästigen Geschäfte, indem die Jemandem gegebene oder versprochene Ausstattung nicht für eine freigebige Schenkung, sondern für einen lästigen Vertrag anzusehen sei [5]). Hiernach wäre die Bestimmung eine auf Willkühr beruhende Singularität. Crelinger [6]) findet in der Bestimmung ([3]) eine Ausnahme, zu Gunsten der zweiten Frau, von dem Grundsatze, daß die Ausgleichung nur zwischen den Kindern unter sich geschehe und den miterbenden überlebenden Ehegatten nichts angehe ([1]). Der zweiten Frau gegenüber müßten also die Kinder doch konferiren. Witte [7]) erklärt die Crelinger'sche Behauptung für unrichtig und tritt der Bielitz'schen Auffassung bei, nur mit der Abweichung, daß beide Stellen nicht verschiedene Objekte hätten, vielmehr unser §. 326 weiter nichts als eine Anwendung der Beschränkungen der Schenkungsbefugniß des in Gütergemeinschaft lebenden Mannes auf übermäßige Ausstattungen sei. Denn was zur Ausstattung über das Nothwendige gegeben werde, sei Freigebigkeit, mithin verordne der §. 326 weder eine Kollation zu Gunsten der zweiten Frau, noch überall etwas Singuläres. Soweit ist die Witte'sche Auffassung aus haltbaren Gründen wol schwerlich anzuzweifeln. Witte geht aber noch weiter und sagt: „Dabei könnte man geneigt sein, durch ein argumentum a contrario der Frau, deren eigene Kinder allzureichlich ausgestattet sind, ein solches Revokationsrecht zu verweigern; die Allgemeinheit (?) der Fassung des §. 326 scheint aber eine solche Interpretation nicht zuzulassen.“ Allein die Fassung beschränkt das Revokationsrecht der Wittwe ganz bestimmt auf die überflüssige Ausstattung, womit der Ehemann seine Kinder aus früheren Ehen während einer folgenden, ohne Einwilligung der Ehefrau, reichlich ausgestattet hat.“ Hieraus läßt sich ein Recht der Wittwe, auch die Ausstattung ihrer eigenen leiblichen Kinder theilweise zu revociren, nicht herleiten. Auch läßt sich dies schwerlich aus dem Grundsatze des §. 382, Tit. 1 thun; denn hiernach soll die Frau nur solche Schenkungen des Mannes, „die aus bloßer Freigebigkeit des Mannes herrühren,“ in tantum widerrufen können, und daß die schuldige Ausstattung eines Kindes von Seiten des Vaters eine Schenkung sei, „die aus bloßer Freigebigkeit herrührt,“ wird sich doch schwerlich behaupten lassen. Es könnte

5) Dafür beruft er sich auf I, 11, §§. 1047 u. 1048.

6) Preuß. Erbrecht §. 122, S. 226, Nr. 3.

7) Juristische Wochenschrift 1837, S. 94 u. Intestaterbrecht §. 70, S. 228 ff.

also nur höchstens das Uebermaß unter diesen Gesichtspunkt gebracht werden und auch dieses ist ein so relativer Begriff, daß es in einzelnen Fällen schwer sein würde, die Grenze thatsächlich festzustellen, wo das Nothwendige nach den Umständen und Lebensverhältnissen der Parteien aufhört und der Luxus anfängt. Daher ist der §. 326 eine weise Bestimmung. Ohne sie würde es sehr zweifelhaft sein und manchen Streit veranlassen: ob überhaupt auf Grund jener Regel des §. 382, Tit. 1 die theilweise Rückforderung einer wirklichen Ausstattung zulässig sei. Unser §. 326 setzt nun fest: in welchem Falle und inwieweit es geschehen könne, und schneidet damit jenen Zweifel ab, indem er zugleich eine Schranke setzt.

II. Zu den hier konkurrirenden Descendenten gehören auch noch Ungeborene, wenn sie zur Zeit des Todes des Erblassers bereits erzeugt sind [8]). Dieses wird angenommen, wenn die Geburt bis zum 302ten Tage nach dem Tode des Erblassers erfolgt, mit Ausnahme des Falles, wenn die Mutter vor Ablauf von neun Monaten nach dem Tode des Erblassers wieder geheirathet hat, wo der Nachgeborene nur dann als zur Zeit des Todes des Erblassers bereits erzeugt erachtet wird, wenn er bis zum 270sten Tage nach dessen Tode geboren worden ist [9]). Ist es bekannt, daß zur Zeit des Todes des Erblassers eine Leibesfrucht, welche zu seinen Erben gehören würde, wenn sie schon geboren wäre, vorhanden; so wird in Beziehung auf das Verhalten bis zum Eintritt des Erfolgs unterschieden: ob der künftige Posthumus alle Anderen ausschließen, oder nur mit Anderen zugleich an der Erbschaft Theil nehmen würde, wenn er lebendig zur Welt käme. In beiden Fällen muß zwar nach preußischem Rechte der Erfolg abgewartet werden [10]); aber im ersten Falle soll doch ein der Leibesfrucht zu bestellender Kurator zugleich als Verlassenschaftskurator den Nachlaß für die Leibesfrucht in Besitz nehmen und verwalten, und Alles, was zum Besten der Leibesfrucht, so wie zur Verpflegung der Mutter erforderlich ist, aus dem Nachlasse hergeben [11]). Hierbei stimmt das Landrecht mit dem römischen Rechte im Wesentlichen überein [12]). Auch

---

8) A. L.R. I, 1, §. 12; I, 9, §. 371; I, 12, §. 525; II, 2, §. 444. — Vergl. L. 164 D. de verb. signif. (L, 16); L. 26 D. de statu hominum (I, 5); L. 3 D. si pars heredit. (V, 4); L. 7 D. de rebus dubiis (XXXIV, 5); L. 36 D. de solut. (XLVI, 3); L. 10 D. de ventre (XXXVII, 9).

9) A. L.R. II, 1, §§. 19 u. 22, 23. — Vergl. I, 9, §. 371.

10) I, 9, §. 371.

11) Ebenda §§. 372—374, 377.

12) Tit. D. de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus (XXXVII, 9).

in der Vorsicht, daß nirgend der Ehefrau Erwähnung gethan wird, ist das Landrecht dem prätorischen Edikt gefolgt, denn es ist möglich, daß die Frau, welche mit einem Erben schwanger zu gehen behauptet, zur Zeit des Ablebens des Erblassers nicht mehr Ehefrau ist [13]), oder Ehefrau des Erblassers nie war; sie kann z. B. die Wittwe seines einzigen Sohnes sein. Ist die angeblich schwangere Frau die Wittwe des Erblassers und im Sterbehause vorhanden, so bleibt sie, wenn sie will, im Besitze des Nachlasses [14]) und es wird nur der Leibesfrucht ein Kurator bestellt, welcher auf die Erhaltung des Nachlasses zu sehen hat. — In dem zweiten Falle geht das Landrecht einen anderen Weg als das römische. Nach diesem konnten die vorhandenen Miterben die Erbschaft vorläufig theilen, nur mußten sie drei Kopftheile für die etwa in dieser Zahl zu erwartenden Nachgeborenen reserviren. Hinterließ z. B. Jemand einen Sohn und eine schwangere Wittwe, so nahm man an, es könnten Drillinge geboren werden. Der Sohn war daher Erbe nur zum vierten Theil [15]). Kam dann nur Ein Kind zur Welt, so ward dieses Erbe gleichfalls zum vierten Theil; zwei gleiche Portionen waren vakant geworden und accrescirten beiden Kindern ipso jure zu gleichen Theilen. Werden mehr als Drei geboren, so decrescirt den vorausgesetzten Vieren soviel, daß die Mehrgeborenen mit ihnen gleiche Theile erhalten [16]). Das Landrecht setzt, wie gesagt, auch in diesem Falle die Theilung aus, bis entschieden ist: ob die Leibesfrucht lebendig zur Welt kommen werde [17]); dagegen können die übrigen Erben bis dahin Verwaltung des Nachlasses, folglich auch den Besitz, weil ohne Besitz keine Verwaltung möglich ist, verlangen, nur müssen sie dabei den Kurator der Leibesfrucht zuziehen, auch haben sie keine größeren Befugnisse als welche dem Verlassenschaftskurator beigelegt sind [18]). Bei dieser Anordnung aber war es nöthig, auch in diesem Falle die Verpflegungskosten der Leibesfrucht und deren Mutter aus dem Nachlasse entnehmen und vorweg abziehen zu lassen, ohne Unterschied, ob ein lebendiges Kind zur Welt kommt, oder nicht [19]).

---

13) L. 1, §. 10 D. eodem.

14) A. L.R. II, 18, §. 371. — Vergl. A. G.O. I, 50, §. 8.

15) L. 3 D. si pars hereditatis petatur (V, 4).

16) L. 4 D. eodem: „Et, si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata accrescere; si plures quam tres: decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.“

17) I, 9, §§. 371, 380.

18) Ebenda §§. 378, 379.

19) Ebenda §. 381.

III. Vor der Theilung des von dem elterlichen Nachlasse auf die Descendenten fallenden Antheils wird vorweg genommen:

1. Der Voraus, welcher den ehelichen Kindern aus dem Nachlasse der Mutter gebührt, wenn sie mit unehelichen Kindern derselben zusammentreffen. Dieser Voraus besteht in demjenigen, was die Mutter von dem Vater dieser ehelichen Kinder, oder dessen Ascendenten, durch Erbverträge oder Schenkungen von Todes wegen, letztwillige Verordnungen oder gesetzliche Erbfolge überkommen hat und noch vorhanden ist; nicht dazu gehört dasjenige, was sie im Falle der Gütergemeinschaft nach dem Tode ihres Mannes aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen als ihren Eigenthumsantheil herausgenommen hat, mag ihr wirkliches Eingebrachte eben soviel, oder weniger betragen [20]).

2. Der Voraus der Vorkinder bei der Einkindschaft, nach Maßgabe des geschlossenen Einkindschafts-Vertrages [21]). (Vergl. unten, §. 115, I, Nr. 4.)

IV. In das Uebrige gelangen sämmtliche erbfähige Kinder ersten Grades, also auch die unehelichen Kinder der Mutter, sowie die Kinder derselben aus einer Ehe zur linken Hand, zu gleichen Theilen zur Erbfolge [22]). Enkel und Abkömmlinge weiterer Grade gelangen zur Erbfolge nach den Linien, in welchen sie von dem Erblasser abstammen, also, daß wenn Kinder des ersten Grades, und Enkel oder Urenkel von andern Kindern, die nicht selbst Erbe werden, vorhanden sind, so viele Theile gemacht werden müssen, als Linien sind, die von dem Erblasser unmittelbar entspringen; und das Gleiche muß geschehen, wenn gar keine Kinder ersten Grades, sondern nur lauter Abkömmlinge weiterer Grade vorhanden sind; die unter einer Hauptlinie stehenden Unterlinien succediren in den Antheil dieser Hauptlinie so, wie die unmittelbar von dem Erblasser entspringenden Hauptlinien in den ganzen Nachlaß succediren [23]). So lange daher in der Linie eines Enterbten oder Entsagenden noch ein weiterer Abkömmling vorhanden ist, kann durch den Wegfall des Ersten kein Anwachsrecht der anderen Linien eintreten, eine Abweichung von dem Gemeinen Rechte, welche nur durch Willkühr ge-

---

20) II, 2, §. 657 u. Anh. §. 99. — Vergl. Erk. des Obertr. vom 9. Oktober 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 426), und Pr. 2315, vom 22. Oktober 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 296).

21) II, 2, §. 725.

22) Ebenda §§. 300—302.

23) Ebenda §§. 348—355 u. 367.

gründet ist (§. 91, II, Nr. 1)[24]. In folgenden Fällen sind die weiteren Abkömmlinge eines ausfallenden Kindes ersten Grades ausgeschlossen:

1. Wenn der Abkömmling unehelich geboren ist (§. 100, Erste Klasse).

2. Wenn der Entsagende in Konkurs schon verfallen ist oder innerhalb zweier Jahre nachher noch verfällt[25].

3. Wenn das ausfallende Kind über sein Erbrecht auf den künftigen Nachlaß seines Parens durch Vertrag verfügt und den Erbanfall erlebt hat; ist es vor dem Erbanfall gestorben, so werden seine Descendenten durch den Vertrag nicht ausgeschlossen, es sei denn, daß sie die Erben ihres Parens geworden und als solche an den Vertrag gebunden wären[26].

Nach diesen Grundsätzen theilen die Descendenten den auf sie fallenden Theil der Erbschaft unter sich keinesweges ohne Weiteres, vielmehr haben sie sich wegen dessen, was sie etwa mit Rücksicht auf ihr künftiges Erbtheil von dem Erblasser bereits erhalten haben, zuvörderst unter einander auszugleichen, und dieses muß auch unter den Linien geschehen, wenngleich in einer oder der anderen Linie nur entferntere Abkömmlinge zur Erbfolge gelangen: auch diese konferiren, was ihr Parens erhalten hat, und lassen sich konferiren, was die Geschwister ihres unausgestatteten Parens von dem Erblasser erhalten haben[27].

## §. 102.

### Fortsetzung. Ausgleichung unter den Descendenten (Kollation).

A. L.R. Th. II, Tit. 2, §§. 303—347; 359—365.

I. Geschichtliches. Die Verfasser des Landrechts sind in der Lehre von der Kollation mit Vorbedacht von der Theorie des römischen Rechts abgegangen[1]) und haben sich im Allgemeinen dem deutschen Prinzip der Anrechnung dessen, was die Eltern „einem Kinde

24) Auch die Gesetzrevisoren sagen: diese Abweichung sei ganz willkührlich, verstoße gegen die Regeln des Zuwachsrechts und führe zu Weiterungen und Streitigkeiten. (Motive z. Erbfolgerecht, Pens. XVI, S. 299).

25) A. L.R. a. a. O. §. 356; I, 16, §§. 397, 398; Konk.=Ordn. v. 1855, §§. 5, 6, 102, Nr. 2 u. §. 106.

26) A. L.R. II, 2, §§. 357, 358. Vergl. oben, §. 82.

27) Ebenda §§. 303 ff. u. §§. 359, 360.

1) Anm. zu §. 251, Th. I, Tit. 2 des Entwurfs, S. 198.

in vivis auf Abschlag seines künftigen Erbtheils geben [2])", angeschlossen. 1. Ursprünglich war die römische Kollation nichts weiter als die Einwerfung dessen, was ein Emancipirter, welcher den Vater neben einem Suus beerben wollte, sich seit der Emancipation eigenthümlich erworben hatte. Die Einwerfung des eigenen Erwerbes wurde gefordert, um rechtlich, nicht gerade auch in faktischer Hinsicht, die Ungleichheit aufzuheben, welche dadurch entstand, daß das prätorische Edikt, neben den suis, auch die emancipati zur bonorum possessio berief. Während der Suus für den Vater erworben und gearbeitet hatte, die Erfolge seiner Thätigkeit also in der Verlassenschaft des Vaters, dessen Erbe er nun war, steckten, hatte der Emancipirte für sich selbst geschaffen. Wollte er also jene Berufung zur väterlichen Verlassenschaft annehmen, so mußte er die Vortheile seiner Emancipation zum Vortheile des Suus, behufs Herstellung der Gleichheit aufgeben und seine Errungenschaft einwerfen [3]). Fand er das für sich nicht vortheilhaft, so brauchte er die Erbschaft nicht anzunehmen (die bonorum possessio nicht zu agnosciren). Aber nur „emancipati bona sua conferre cum his, qui in potestate fuerunt, jubentur [4])." Zwei Emancipati brauchten sich also nicht zu konferiren, wenn auch ihr erworbenes Vermögen noch so ungleich war, und zwei Sui brauchten sich nicht zu konferiren, wenn sie auch vom Vater sehr ungleiche Geschenke, die durch seinen Tod in Kraft getreten waren, erhalten hatten. — Da der Emancipatus sein ganzes Vermögen (was ja ohne die Emancipation Eigenthum des Vaters gewesen sein würde) in die väterliche Verlassenschaft einwerfen mußte, wenn er den Vater beerben wollte neben einem Suus, so war darin von selbst auch dasjenige begriffen, was ihm nach der Emancipation von dem Vater noch zugewendet worden war; der Gegenstand der Kollation war jedoch selbstverständlich nur das, was er hatte: man kann eben nicht einwerfen was man nicht hat, noch durch Arglist oder Schuld (diese machen ersatzpflichtig) zu haben aufgehört hat [5]). Nur die dotis collatio kann auch ohne bonorum possessio eintreten [6]); und zwar ohne Unterschied, ob die dotirte

2) Suarez, Schlußvorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 141.

3) L. 1 pr. D. de collat. (XXXVII, 6): „Hic titulus manifestam habet aequitatem, cum enim Praetor ad bonorum possessionem contra tabulas (es sind Präterirte vorausgesetzt) emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna."

4) L. 3, §. 3 D. eodem.

5) L. 2, §. 2 D. eodem.

6) L. 1 pr., L. 8, 9 D. de dotis collatione (XXXVII, 7).

Tochter emancipirt war oder nicht, weil auch im letzteren Falle die Dos in bonis mulieris war und nicht zur väterlichen Verlassenschaft gehörte, so daß die dotirte, aber nicht emancipirte Tochter vor ihren Geschwistern in potestate einen ähnlichen rechtlichen Vortheil voraus hatte wie der Emancipirte durch die ihm beigelegte Erwerbsfähigkeit [7]). — Nachdem die Erwerbsunfähigkeit der Sui anfangs nur in Beziehung auf einzelne Gegenstände, mit der Zeit allmählich ganz verschwunden war, konnte auch die collatio antiqua der Emancipirten nicht mehr bestehen; sie verwandelte sich, wenn Kinder und andere Abkömmlinge des Erblassers zusammen erbten, in eine Hinzurechnung alles dessen zur Verlassenschaft, was Jeder bei Lebzeiten des Erblassers von ihm erhalten hatte. 2. Nach alten deutschen Rechtsansichten standen die Kinder zu den Eltern in Beziehung auf das Vermögen anders; es ist eine ziemlich allgemeine Erscheinung, daß Kinder, welche sich selbstständig machen wollen, eine Abschlagszahlung oder auch wol eine gänzliche Abfindung auf ihr künftiges Erbtheil von den Eltern bei deren Lebzeiten erhalten. Abgesehen von dem, was darüber bereits in den alten Volksrechten vorkommt [8]), verzeichnet der Sachsenspiegel [9]) als übliches Recht: wenn der Vater und die Mutter einen ihrer Söhne oder Töchter von sich mit ihrem Gute sondern und diese nach des Vaters oder der Mutter Tode ihr Erbtheil ansprechen wollen, der Bruder gegen den Bruder oder die verheirathete Tochter gegen die unausgestattete Schwester; so müssen sie in die Theilung wieder einbringen — alles das Gut, womit sie abgesondert waren. Wie dieses „in de dele bringen" ausgeführt wurde, erhellet nicht, man nimmt von mehreren Seiten an, der Abgesonderte habe sich das bereits Empfangene als Vorschuß auf die elterliche Erbschaft anrechnen lassen müssen, so daß also nicht so wie bei der römischen Kollation ein Hineinrechnen in die Verlassenschaft stattgefunden habe. 3. Aus der Verschiedenheit der römischen und germanischen Grundansichten entspringen folgende Gegensätze: a) Nach dem ursprünglichen, altrömischen Prinzip muß das von dem väterlichen Hause juristisch getrennte und dadurch selbstständig gemachte Kind, wenn es nach des Vaters Tode neben, in der väterlichen Gewalt gebliebenen, Geschwistern erben wollte, dasjenige, was es vermöge seiner Selbstständigkeit eigenthümlich erworben hatte, in die väterliche Hinterlassenschaft, gleichsam als einen Bestandtheil der-

7) L. 1, §§. 2 et 9; L. 2 D. eodem; L. 4 D. de collat. bonor. (XXXVII, 6).

8) Eichhorn, deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 63.

9) Buch I, Art. 13. Vergl. Art. 5, §. 2 u. Schwab.-Sp. Kap. 279.

selben hineinrechnen; nach der deutschen Rechtsansicht müssen alle Kinder, welche mit einem Vermögenstheile von dem elterlichen Hause abgesondert worden waren und nach dem Tode der Eltern mit den im elterlichen Hause Zurückgebliebenen konkurriren wollen, dasjenige, was sie mitbekommen hatten, oder dessen Werth, sich von dem angesprochenen Erbtheil als bereits empfangen, abziehen lassen, mochte es noch vorhanden oder bereits durchgebracht sein. b) Das Justinian'sche Recht hat die Regel, daß Alles, was auf den Pflichttheil anzurechnen, auch bei der Intestaterbfolge nach alter Weise in die zu vertheilende Erbmasse einzurechnen ist, keinesweges aber findet dies umgekehrt statt, so daß Alles, was eingeworfen werden muß, auch den Pflichttheilsberechtigten auf den Pflichttheil angerechnet werden darf [10]; nach deutschem Recht ist Alles, was auf Abschlag des künftigen Erbtheils gegeben ist, auch auf den Pflichttheil anzurechnen [11]. c) Nach dem Justinian'schen Rechte muß der Emancipirte dem in potestate Verbliebenen jede von dem Erblasser empfangene einfache Schenkung (donatio simplex) konferiren, einem anderen Emancipirten aber Schenkungen nur dann, wenn dieser eine dos oder eine donatio propter nuptias konferirt [12]; nach deutscher Rechtsansicht wird nur das angerechnet, was als auf den künftigen Erbtheil gegeben anzusehen ist; wer also von seinem Ascendenten begabt wurde zu einer Zeit, wo er auf dessen Beerbung keine Aussicht hatte, braucht, wenn er dann doch Erbe wird, sich die Gabe nicht anrechnen zu lassen. 4. Aus diesen Gegensätzen und anderen Meinungsverschiedenheiten waren unter den gemeinrechtlichen Rechtsgelehrten eine Menge Streitfragen entstanden, welche von den Verfassern des Landrechts gelöst werden sollten. Suarez sagt darüber [13]: „Die Lehre von der Kollation ist sowohl nach dem Römischen Rechte, als nach der Praxis, eine der komplizirtesten. Es wird häufig gestritten, was konferirt werden müsse? wie der Werth des conferendi zu berechnen sei? in wiefern dabei auf den väterlichen Anschlag Rücksicht zu nehmen, oder der wahre Werth aliunde zu eruiren? ob es auf den Werth zur Zeit der geschehenen Ausstattung, oder auf den tempore mortis ankomme? ꝛc. Kommt man in das Faktum, so häu-

---

10) L. 20 pr. C. de collationibus (VI, 20).

11) L. Bajuvar. Tit. I, c. 1: „Si quis — dederit res suas ad ecclesiam — licentiam habeat de portione sua, postquam cum filiis suis partivit. Nullus eum prohibeat" —.

12) L. 20, §. 1 C. de collationibus (VI, 20).

13) Schlußvorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 139.

fen sich die Schwierigkeiten der Ausmittelung der conferendorum; besonders, wenn die Ausstattung oder sonstige Zuwendung schon vor einer langen Reihe von Jahren erfolgt ist. Dies hat viele nähere Bestimmungen nothwendig gemacht. Eigentlicher Abweichungen von den bisherigen Gesetzen aber kann ich nur zwei bemerken: a) daß die ausgestatteten Kinder in keinem Falle etwas herausgeben dürfen[14]; b) daß die Kollation geschehen muß, auch wenn das conferendum nicht mehr vorhanden ist[15]; c) daß die querela inofficiosae dotis sehr eingeschränkt worden[16];" und man kann hinzufügen: d) daß die Feststellung der faktischen Frage: welche Gaben nach Beschaffenheit der Umstände des einzelnen Falles als Vorauszahlung auf die künftige Erbschaft anzusehen seien, nicht dem richterlichen Ermessen überlassen, sondern durch die Bestimmung, daß nur die gegebene Ausstattung und nur Schenkungen, welche in Grundstücken, Gerechtigkeiten oder Kapitalien bestehen, als Vorschüsse auf das dereinstige Erbtheil anzusehen und anzunehmen sind, abgeschnitten ist.

II. Grundsätze des preußischen Rechts. 1. Eltern können über die Kollationspflicht ihrer Descendenten, in Form der divisio parentum inter liberos, unbeschadet des Pflichttheils, willkührliche Vorschriften machen; sie können anordnen, daß Gaben, welche gesetzlich der Kollation nicht unterworfen sind, dem Empfänger gleichwohl angerechnet werden sollen; sie können auch umgekehrt verbieten, daß Gegenstände, welche sonst dem Empfänger angerechnet werden dürfen, ihm angerechnet werden; auch können sie bestimmen, wie hoch dergleichen Gegenstände in Anrechnung genommen werden müssen, wenn bei der Begabung der Werth unbestimmt gelassen ist[17].

2. Nur ein solcher begabter Descendent, welcher, wenn in dem Augenblicke der Begabung der Erblasser gestorben wäre, ihn ab intestato beerbt haben würde, konferirt und läßt sich konferiren; denn nur einem solchen Descendenten kann etwas auf Abschlag seines künftigen Erbtheils vorausgegeben werden. Daher ist ein Enkel, welcher bei Lebzeiten seines Parens von seinen Großeltern eine der Anrechnung

14) II, 2, §. 312. Das war auch weder nach römischem noch nach deutschem Rechte der Fall. L. 9 D. de dotis collat. (XXXVII, 7).

15) II, 2, §. 306. Dies ist das deutsche Prinzip der Vorauszahlung auf Abschlag.

16) Ebenda §§. 337 u. 338.

17) II, 2, §§. 383—388. Ebenso nach L. 1, §. 6 D. de collat. bonor. (XXXVII, 7); L. 1 C. de collat. (VI, 20); Nov. XVIII, cap. 6.

an sich unterliegende Zuwendung empfängt, niemals gehalten, sich dieselbe anrechnen zu lassen, wenn er demnächst, unvorhergesehen, in Folge des vorgängigen Todes seines Parens unmittelbarer Erbe seiner Großeltern wird. Dieser Grundsatz, welcher mit dem Gemeinen Rechte in vollem Einklange steht, spricht das Landrecht klar aus: „Was Enkel oder Abkömmlinge weiterer Grade, während der Lebenszeit ihrer unmittelbaren Eltern, von den Großeltern erhalten haben, kann weder den Eltern, noch ihnen selbst, bei der Theilung mit den anderen Linien, angerechnet werden. — Haben aber Großeltern, nach dem Tode ihrer Kinder, einem von selbigen hinterlassenen Enkel eine Ausstattung, oder ein der Anrechnung überhaupt unterworfenes Geschenk zugewendet; so wird dasselbe der Linie, wozu der Ausgestattete oder Beschenkte gehört, allerdings angerechnet [18]);" und unter den Theilnehmern der Linie geschieht die Ausgleichung so, als hätte der Enkel die Gabe von den Eltern erhalten [19]).

3. Derjenige ausgestattete oder beschenkte Descendent, welcher von dem Erblasser enterbt worden ist, oder die Erbschaft ausschlägt, oder wenn er theilnehmen will, doch mehr erhalten hat als ihm aus der Theilung zufällt, hat niemals von dem Erhaltenen an seine Geschwister etwas herauszugeben [20]); treten in Folge der Enterbung oder Entsagung seine Nachkommen ein, was nach der anomalen Satzung des Landrechts zulässig ist, so müssen sie sich das, was ihr Parens erhalten hat, anrechnen lassen, als wenn sie selbst es erhalten hätten, also auch eventuell leer ausgehen [21]). Kommen Enkel zur unmittelbaren Nachfolge in den Nachlaß der Großeltern deshalb, weil ihre unmittelbaren Eltern den Erbanfall nicht erlebt haben, so müssen sie sich, auch wenn sie deren Erben nicht geworden sind, doch die Ausstattung und die Geschenke, welche ihre Eltern zu konferiren verpflichtet gewesen wären, — nur nicht deren Schulden —, anrechnen lassen [22]). Damit ist eine gemeinrechtliche Kontroverse [23])

18) II, 2, §§. 363, 364.

19) Ebenda §. 365. — Witte a. a. O. S. 230 unten versteht diese Stelle so: „Unter einander sollen die von demselben Vater (oder Mutter) abstammenden Enkel sich auch die bei Lebzeiten dieses ihres unmittelbaren Ascendenten vom Großvater erhaltenen Gaben anrechnen." Das steht nicht darin und kann auch nicht hineingelegt werden.

20) Ebenda §. 312. — Pr. des Obertr. 1468 b, vom 28. Juni 1844 (Entsch. Bd. X, S. 191).

21) II, 2, §§. 354, 365, 359, 360.

22) Ebenda §§. 359—362. — Erk. des Obertr. vom 29. September 1851 (Archiv f. Rechtsfälle Bd. II, S. 383).

23) Darüber Stryk, Success. ab intestato Diss. XI, cap. 2, §§. 13—15.

entschieden, keineswegs der Voraussetzung entsprechend, daß der Enkel in dem Falle, wenn sein Parens bei Eintritt des großelterlichen Todes nicht mehr am Leben ist, ex propria persona den Großeltern succedirt und, wenn er die elterliche Erbschaft ausgeschlagen hat, von dem, was der Parens von den Großeltern empfangen hatte, nichts auf ihn gekommen ist, was er einwerfen könnte oder sich auf seinen ihm aus eigenem Rechte gebührenden Erbtheil anrechnen müßte.

4. Die Ausgleichung findet nur bei der Intestat-Erbfolge statt, nicht, wie es Justinian vorschreibt[24]), auch bei der testamentarischen. Bei der divisio parentum inter liberos, wenn solche nicht erschöpfend ist und die Frage unberührt läßt, ist die Ausgleichung nicht ausgeschlossen; eine vollständige Vertheilung läßt dazu nicht Raum. Beides ist angezweifelt worden (§. 102).

III. Gegenstände der Anrechnung sollen sein:

1. Was ein Kind von dem Erblasser bei dessen Lebenszeit zur Ausstattung erhalten hat. Unter Ausstattung soll hier verstanden werden Alles, was Kinder bei ihrer Verheirathung, bei Errichtung einer besonderen Wirthschaft, bei Anstellung eines eigenen Gewerbes, oder bei Uebernehmung eines Amts, von den Eltern erhalten haben[25]). So ist der Grundsatz ausgedrückt; nicht ohne Absicht ist das Vorwort „bei" gebraucht: die Gabe soll dem Kinde bei den bezeichneten Gelegenheiten, nicht vorher und nicht nachher, also auch nicht zum Behufe oder zum Zwecke künftiger Einrichtung, sondern zur Hülfe bei der Unternehmung oder bei der Ausführung des betreffenden Geschäfts zugewendet werden, so daß die bevorstehende Unternehmung der Grund oder die Veranlassung der Begabung ist, und beide Handlungen eine gewisse Koexistenz und Beziehung zu einander haben. Als Beispiele werden vom Gesetz angegeben: die Mitgabe der Töchter; ein für sie oder die Söhne aus dem Vermögen der Eltern bestellter Erbschatz; Ehevermächtniß oder Witthum; die Kosten einer dem Kinde zu seiner Versorgung angekauften Präbende, oder anderen Rente; die Brautgeschenke; und überhaupt Alles, was von den Eltern zu dem Ende gegeben worden, damit das Kind in den Stand gesetzt werde, seine Heirath zu vollziehen, oder die abgesonderte Wirthschaft, das Gewerbe oder

— Jo. P. Kress, de nepote ea, quae parens accepit, in universum conferente (Helmst. 1750), c. 2, 3.

24) Novelle 18, Kap. 6.

25) A. L.R. II, 2, §§. 303, 304.

Amt anzutreten [26]). Folgende Punkte machen auf sich aufmerksam: a) Der s. g. häuslichen Einrichtung und der Geräthschaften, welche zum Betriebe eines Gewerbes unentbehrlich sind [27]), geschieht unter diesen Beispielen nicht Erwähnung. Daraus läßt sich jedoch kein Zweifel darüber herleiten: ob diese Gegenstände der Anrechnung unterworfen sind, denn es ist schon unmittelbar vorher bestimmt ([25]), daß dazu Alles gehöre, was Kinder „bei Anstellung eines eigenen Gewerbes" erhalten haben, wozu die nothwendigen Geräthschaften gehören ([27]). b) Zur Ausgleichung soll kommen Alles, was Kinder bei Uebernehmung eines Amts von den Eltern erhalten haben. Darnach müssen auch die Kosten für die erste Offizier-Equipage, welche der Vater dem zum Offizier beförderten Sohne anschafft, ihm künftig angerechnet werden; denn ohne die Equipage ist der Sohn nicht im Stande, das Amt anzutreten. Zulagen, welche ein Offizier zu seinem Gehalte von den Eltern erhält, eignen sich so wenig, wie die Unterstützungen zur Haushaltung, welche ein eingerichtetes Kind später noch von seinen Eltern erhält, zur Anrechnung [28]). Ob die Promotions- und Habilitirungskosten eines Arztes anzurechnen seien, kann zweifelhaft sein; nach dem Prinzip von den Einrichtungskosten bei Anstellung eines eigenen Gewerbes und bei Uebernehmung eines Amtes muß es bejaht werden [29]). c) Die Kosten einer dem Kinde zu seiner Versorgung angekauften Präbende oder anderen Rente, ein Surrogat der römischen Militia [30]), sollen angerechnet werden. Das Obertribunal hat ausgesprochen: Ein dem Kinde in dem Gute des Vaters von demselben bestelltes Ausgedinge gehört nicht zu den nach §. 305 zu konferirenden Präbenden und anderen Renten [31]). Freilich, eine Präbende ist ein Ausgedinge nicht, aber die rechtliche Natur einer Rente hat es, und ob es anzurechnen sei, hängt davon ab: ob es dem Kinde zu seiner Versorgung bestellt worden ist. d) Ausdrücklich ist es nicht bestimmt, wer von beiden Braut- oder Eheleuten die Gabe zu konferiren habe, welche nur für den einen Theil dem Anderen gegeben oder versprochen worden, z. B. das Ehevermächtniß, welches für die Braut dem

26) Ebenda §. 305.

27) Ebenda §§. 232, 233.

28) Vergl. die Entsch. der Ges.-Kommission vom 10. Mai 1785 (Rabe, I, 3, S. 454).

29) Auch Suarez soll dieser Meinung gewesen sein, nach Bornemann, System, Bd. VI, S. 271.

30) Stryk, Successio ab intestato, Diss. XI, cap. 3, §§. 4, 5.

31) Erk. vom 24. Juni 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 68).

Bräutigam; oder das Gegenvermächtniß und Witthum, welches für den Bräutigam der Braut verschrieben wird; oder die Brautgeschenke (arrha sponsalitia)[32]), welche für die Braut dem Bräutigam, oder umgekehrt für Diesen Jener gegeben werden. Die Frage kann in allen Fällen, wo auch nur der Eine Theil der muthmaßliche künftige Erbe des Gebers ist, sich stellen, denn es kann ja wohl der Vater der Braut dieser für den vermögenslosen Verlobten ein Gegenvermächtniß bestellen; besonders aber kann die Frage entstehen, wenn Jemand seine mit einander verlobten Enkel in entferntern Graden aus verschiedenen Linien in solcher Weise ausstattet. Die Frage muß aber dahin beantwortet werden, daß derjenige und nur dieser allein, für welchen gegeben oder versprochen wird, zu konferiren hat, weil nur dieser der dadurch Ausgestattete ist. Nur der Erbschatz wird, wenn er für Beide bestellt ist, auch von Beiden zu konferiren sein[33]). c) Ausgesprochener Grundsatz ist: Zinsen oder andere Nutzungen kommen bei der Ausgleichung niemals in Anrechnung[34]). Der ehemalige Oberappellationssenat des Kammergerichts hat dazu gesagt: Doch! Vom Todestage des Erblassers an müssen Zinsen gezahlt werden, „weil der Erbe nach §. 367, Tit. 9, Th. I des A. L.R. die Erbschaft, also auch den Theil derselben, welchen er durch Kollation seiner Miterben erhält, ipso jure mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers erwirbt. Nach L. 5, §. 5 D. de collat. (37, 7)[35]) war es freilich zweifelhaft, ob der Konferent das Konferende schon vom Todestage des Erblassers zu verzinsen verpflichtet sei, oder erst von dem Augenblick, wo er zur Kollation aufgefordert worden, Verzugszinsen zu zahlen habe. Indessen entschied das Kammergericht schon im Jahre 1775 für die erstere Meinung (v. Hymmen, Beiträge, II, S. 121, Nr. 2) und der §. 307, Tit. 2, Th. II des Allg. Landrechts ist nicht so zu interpretiren, als ob die Gesetzgeber sich für die letztere Meinung bestimmen. Denn die §§. 303—308 bestimmen nur die Gegenstände der Kollation, und diese setzt etwas voraus, was der Konferent bei Lebzeiten des Erblassers erhalten hat. Der §. 307 kann daher bloß von solchen Zin-

---

32) L. 38 pr. D. de ritu nuptiarum (XXIII, 2); L. 16 C. de episcop. audient. (I, 4).

33) Vergl. A. L.R. II, 1, §§. 761—765.

34) Ebenda II, 2, §. 307.

35) Eine solche Stelle giebt es nicht. Vermuthlich ist L. 5, §. 1 D. de dotis collatione (XXXVII, 7) gemeint; denn die L. 5 D. de collatione hat nur 3 §§. und handelt von etwas Anderem; und die L. 5 D. de dotis collatione hat nur Einen §., der sich auf Zinsen und Nutzungen bezieht.

sen und Nutzungen verstanden werden, welche Seitens des Konferenten beim Leben des Erblassers gezogen sind[36])." Die ganze Ausführung oder Auslegung ist vom landrechtlichen Standpunkt aus unverständlich; das Landrecht kennt kein Einwerfen oder Beizählen der s. g. Konferenda, sondern nur eine Ausgleichung; der Ausgestattete oder sonst Begabte wird vollständiger Eigenthümer des Erhaltenen und braucht davon niemals etwas herauszugeben[37]), folglich ist nicht findbar, wie Jemand auf den Gedanken kommen kann, daß das Verbot des §. 307 sich auf die seit dem Todestage des Erblassers laufenden Zinsen nicht beziehe, mithin solche gefordert werden könnten, da doch kein Hauptstuhl existirt, der gefordert werden könnte.

Die erst versprochene, aber noch nicht wirklich gegebene Ausstattung wird als Nachlaßschuld behandelt und hat mit der wirklich gegebenen gleiche Rechte[38]); der Promissar, welcher die Ehe oder Einrichtung, zu deren Zweck das Versprechen gegeben worden war, bereits vollzogen hat, nimmt daher die versprochenen Summen oder Sachen als Gläubiger aus dem Nachlasse vorweg und wird demnächst seinen unausgestatteten Geschwistern bei der Erbtheilung durch Ausgleichung gerecht; hat er aber die Ehe noch nicht geschlossen ꝛc., so muß die Forderung als eine bedingte behandelt werden. (§. 8, Nr. 5, litt. a, dd.) — Für das Ausstattungsversprechen ist die schriftliche Form vorgeschrieben, ohne Unterschied des Gegenstandes ([38]). Damit ist die Nothwendigkeit der gerichtlichen Form, zum Zwecke der Verbindlichmachung, für alle Fälle geleugnet; ist der Gegenstand ein Grundstück und deshalb bei dem Hypothekenbuche eine beglaubigte Urkunde erforderlich, so müssen die Erben eine solche nachträglich errichten[39]); es folgt aber umgekehrt aus der Vorschrift nicht, daß ein vollständiges mündliches Versprechen in allen Fällen unverbindlich und unklagbar sei, vielmehr muß dasselbe, ohne Unterschied des Gegenstandes, in dem Falle unbedingt erfüllt werden, wenn der Promissar seinerseits den Zweck erfüllt hat[40]).

2. Reine Geschenke (donationes simplices), welche in

36) Erk. vom 25. Oktober 1834 (Jur. Wochenschr. 1836, S. 394, 395). Welches Schicksal dasselbe in letzter Instanz gehabt habe, ist nicht bekannt.

37) A. L.R. II, 2, §§. 312, 327.

38) Ebenda §. 308, entnommen aus L. 1, §§. 1 et 8 D. de dotis collatione (XXXVII, 7); L. 17 C. de collat. (VI, 20).

39) A. L.R. I, 10, §§. 16, 17; I, 5, §§. 121—124.

40) Ebenda I, 11, §§. 1047, 1048. — Pl.-Beschl. (Pr. 1631) des Obertr. vom 7. November 1847 (Entsch. Bd. XII, S. 31).

Grundstücken, Gerechtigkeiten, oder ausstehenden Kapitalien bestanden haben[41]). Gegebenes baares Geld, wozu auch Papiergeld gehört, ist kein Gegenstand der Kollation[42]). (S. lit. c.)

a) Grundstücke oder liegende Gründe ist hier wohl gleichbedeutend mit unbeweglichen Sachen, sie mögen so geringfügig sein wie sie wollen, wogegen ein werthvolles und einträgliches Handelsschiff, welches ein reicher Rheder seinem Sohne schenkt, bei der Ausgleichung nicht in Betracht kommt, was gegen das Prinzip der möglichsten Gleichstellung der Kinder verstößt und wohl nicht bedacht worden ist.

b) Gerechtigkeiten sind Rechte, welchen die Gesetze die Eigenschaft einer selbstständigen unbeweglichen Sache ausdrücklich beigelegt haben und daher auch ohne den Besitz eines Grundstücks ausgeübt, für sich allein veräußert und verpfändet werden können[43]), wie z. B. das Bergwerkseigenthum[44]), die Fähr- oder Prahmgerechtigkeit[45]), die Mühlengerechtigkeit auf einem schiffbaren Strom[46]), die Fischereigerechtigkeit in öffentlichen Strömen[47]).

c) Ausstehende Kapitalien sind Schuldforderungen, s. g. Aktiva, mögen sie Zinsen tragen oder nicht. Das Landrecht sagt: Zum Kapitalsvermögen werden, gleich anderen Schuldinstrumenten, gerechnet: die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, z. B. Banknoten, Pfandbriefe, Aktien u. s. w., sie mögen Zinsen tragen oder nicht[48]). Hierbei ist zu bemerken, daß unter den Banknoten keineswegs die heutzutage unter der Benennung von Banknoten, Kassenanweisungen, Tresorscheinen, Schatzscheinen, und wie sie sonst genannt werden, umlaufenden Geldzeichen zu verstehen sind, sondern die hier gemeinten Banknoten waren Schuldverschreibungen der Bank über bei derselben angelegte Kapitalien, lauteten auf den Inhaber und wurden in Staatskassen in Zahlungen angenommen, konnten auch im Privatverkehr,

---

41) II, 2, §. 328.

42) Erk. des Obertr. vom 24. Juni 1850 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 68). Der gedr. Entw. I, 1, Tit. 2, §. 250 nannte auch „Summen baaren Geldes, welche gerichtlich verlautbart werden müssen.“ Dies ist bei der Umarbeitung weggelassen.

43) A. L.R. I, 2, §. 9; Hyp.-Ordn. Tit. 1, §. 14 u. m. Anm. 21.

44) A. Berggeſ. v. 24. Juni 1865, §. 50.

45) A. L.R. II, 15, §§. 51, 94. Allg. Ger.Ordn. §. 7.

46) A. L.R. a. a. O. §. 230.

47) Ebenda §. 74 u. I, 9, §§. 171 ff.

48) I, 2, §. 12. Vergl. I, 12, §. 408.

wenn der Gläubiger wollte, wie jede andere Forderung, „an Zahlungs Statt angegeben werden 49);" sie waren also keine Zahlungsmittel. Diese Banknoten existiren schon lange nicht mehr 50). Die jetzt im Umlaufe befindlichen Banknoten sind wahre Geldzeichen 51) oder „gemünztes Papier", welches das Landrecht, dessen Verfasser dasselbe nur vom Auslande kennen konnten (denn im Inlande gab es damals noch kein Papiergeld), zum Baarvermögen rechnet 52). Die Praxis hat sich in letzter Instanz auch gegen die Unterordnung der s. g. Bank-Giro-Anweisungen unter ausstehende Kapitalien entschieden 53), obgleich diese Anweisungen weder geprägtes Geld noch gemünztes Papier, sondern Aufträge zur Erhebung eines bei der Bank niedergelegten Gelddepositums sind, also juristisch bezeichnet ist eine dergleichen Anweisung ein Mandat zur Realisirung der actio depositi directa, folglich die Uebertragung eines Forderungsrechts zur Geltendmachung desselben innerhalb der vorgeschriebenen Frist. Daher ist die Behauptung des Obertribunals 53): daß solche Anweisungen baares Geld repräsentiren, weil der Anweisende ihnen zufolge eine gewisse Summe bei der Bank niedergelegt und die Bank durch die acceptirte Anweisung ihm, oder dem ferneren Inhaber, diese Summe zu jeder Zeit zurückzuzahlen verheißen habe, juristisch nicht bewiesen; denn die Verheißung der Zurückzahlung ist kein Geld, bringt auch kein Geld, wenn — wie es 1806 vorgekommen ist — Bankerut eintritt; auch ist die weitere Ausführung: „Giebt der Inhaber sie (die Anweisung) einem Andern ohne die Bedingung zu erstattender Valuta, so übergiebt er ihm das Depositum, in baarem Gelde bestehend; — die Uebergabe ist nur eine mittelbare und eine symbolische; es ist sonach die Aushändigung der Anweisung, auf welche sofort die Ausantwortung des depositi erfolgen konnte, einer wirklichen Ueberlieferung des depositi ganz gleich zu stellen," ohne juristische Wahrheit. Dagegen ist darin beizustimmen, daß eine Anweisung der in Rede stehenden Art, so wenig wie zum geprägten Gelde und gemünzten Papier, zu den ausstehenden Kapitalien im Sinne der Verfasser des A. L. R. zu rechnen sei, da sie sich unter der hervorgehobenen Eigenschaft „ausstehend" etwas besonderes gedacht haben müssen, wenn nicht ein gedanken-

---

49) Bankregl. vom 29. Oktober 1766, Artt. 7 u. 8 (Rabe, I, 3, S. 266).

50) Eingezogen zufolge K.O. vom 5. Dezember 1836.

51) Bankordnung vom 5. Oktober 1846 §§. 29 ff. (G.S. S. 442).

52) I, 2, §. 11: „Unter baarem Vermögen wird nur geprägtes Geld, außer seltenen Münzen und Medaillen, ingleichen gemünztes Papier verstanden."

53) Erk. des Obertr. vom 12. Januar 1857 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 247).

los gebrauchter Pleonasmus angenommen werden soll, indem nach seinem juristischen Begriffe ein jedes Kapital aussteht. Aber welchen besonderen Begriff sie damit verbunden haben, das ist ungewiß. Das Obertribunal meint, man könne darunter nur Kapitalien verstehen, welche auf einen bestimmten Verfalltag verschrieben oder an eine Kündigungsfrist gebunden waren, und da die Bank-Giro-Anweisung zu jeder Zeit sofort zurückzahlbar sei, so müssen ihr die Eigenschaft ausstehender Kapitalien versagt werden[54]). Allein auf so einen rein zufälligen, ganz unwesentlichen Umstand läßt sich ein wissenschaftlicher Begriff nicht gründen. Mir scheint die Zusammenstellung der gesetzlichen Konferenda den leitenden Gedanken anzudeuten. Ursprünglich waren es „Grundstücke und Gerechtigkeiten, oder Kapitalien, oder — Summen baaren Geldes"[55]). Davon haben nur die beiden ersten Gegenstände die Eigenschaft gemeinsam, daß sie etwas abwerfen, Früchte bringen. Ob ein Kapital etwas einbringt, hängt von der Zufälligkeit ab: ob damit eine besondere Zinsenstipulation verknüpft ist; eine liegende Geldsumme aber bringt gewiß nichts ein, sie wird vielleicht mit der Zeit ganz verschwinden. Bei der Umarbeitung wurden „die Summen baaren Geldes" ganz gestrichen, es blieben also nur die in der Regel rentabeln Grundstücke und Gerechtigkeiten und den nackten Kapitalien wurde das Erforderniß der „ausstehenden" beigelegt. Vergegenwärtigt man sich den Sprachgebrauch des gemeinen Lebens: „der und der hat Kapitalien ausstehen," so will man damit sagen, er habe Geld auf Zinsen angelegt; und denkt man sich das Gleiche bei unsern ausstehenden Kapitalien, so haben die drei konferirbaren Gegenstände die Eigenschaft der Rentabilität gemeinsam und sind daher in dieser Beziehung gleichartig, somit also logisch richtig gleichgestellt. Hiernach meine ich, daß die Verfasser bei den „ausstehenden Kapitalien" nur an solche Kapitalien gedacht haben, welche zum Zwecke des Zinsengenusses ausgethan waren, als sie geschenkt wurden. Daher halte ich z. B. auch gezogene Wechsel, welche den Zweck haben, dem damit beschenkten Remittenten eine Summe Geldes zu übermitteln, nicht zur Anrechnung geeignet. Von dem hiermit gewonnenen Standpunkte sind noch folgende in Frage gekommene Fälle zu betrachten:

aa) Das Obertribunal hat als Rechtssatz festgestellt: „Der Ausdruck: „ausstehende Kapitalien" begreift auch die auf jeden Inhaber

---

54) Ebenda S. 252.

55) Gedr. Entwurf I, 1, Tit. 2, §. 250.

lautenden Staatspapiere unter sich[56]." Dieser Satz ist nach dem Gesagten völlig begründet.

bb) Dasselbe hat entschieden, daß der unentgeltliche Erlaß einer Hypothekenschuld des Sohnes, von Seiten seines Vaters, nicht für ein geschenktes Kapital im Sinne des §. 328, welches der Sohn zu konferiren verpflichtet wäre, zu halten sei[57]). Nach dem vorhin genommenen Prinzip kann eine solche Entscheidung richtig und auch irrig sein, je nach dem Thatbestande des einzelnen Falles. Die Entscheidungsgründe in dem gedachten Falle beweisen die Richtigkeit der Entscheidung nicht. Der Sohn hatte aus der Erbtheilung nach seiner Mutter das elterliche Grundstück angenommen und sollte darauf 302 Thlr. dem Vater herausgeben. Diese Summe war auf das Grundstück eingetragen worden. Die Verabredungen über die Bezahlung oder Verzinsung sind nicht angegeben. Drei Jahre später erklärt der Vater: „Von der gedachten Forderung — hat mir mein Sohn — 50 Thlr. bezahlt, und schenke ich ihm hiermit von dem Ueberreste noch 100 Thlr." Diese Schenkung acceptirte der anwesende Sohn. Daran knüpft das Obertribunal folgende Erwägung: „Mögen nun auch die gedachten 302 Thlr. für den ursprünglichen Gläubiger, den Geschenkgeber, immerhin ein ausstehendes Kapital gewesen sein, so kann ihnen dieser Charakter dem Beschenkten gegenüber — doch niemals beigelegt werden. Er war Schuldner und wenn ihm sein Vater einen Theil derselben *unentgeltlich erließ* (Pleonasmus), so soll dieser Erlaß zwar seiner Wirkung nach einer Schenkung gleich geachtet werden; er ward dadurch jedoch immer nur von einer eigenen Schuld befreit, er erlangte aber keine Forderung an einen Dritten, es ging keine Sache und kein Recht in sein Eigenthum über, ihm wurde überhaupt nichts Positives geschenkt —." Hierin findet sich kein Rechtsprinzip, auch entbehrt die faktische Folgerung, daß nichts Positives geschenkt worden, der nöthigen Grundlage. Wären die 100 Thlr. verzinslich gewesen und hätte der Beschenkte das Grundstück nicht mehr besessen, sondern bereits verkauft gehabt und sein Nachfolger die Hypothekenpost als Selbstschuldner auf sich genommen, so würde der Beschenkte doch wohl gewiß etwas sehr Positives geschenkt erhalten haben. Ist dem also, so macht es *juristisch* gar keinen Unterschied, ob jener faktische Zustand schon vor der Schenkung vorhanden war, oder ob es lediglich der Will-

56) Pr. 1317a, vom 19. Juni 1843 (Jur. Wochenschr. 1843, S. 717; Präj.-Samml. I, S. 167).

57) Erk. vom 12. Oktober 1860 (Entsch. Bd. XLIV, S. 182).

für des Beschenkten anheim gestellt war, den noch nicht vorhandenen Zustand nach der Schenkung zu schaffen.

cc) Witte erhebt das allerdings berechtigte Bedenken: ob das von dem jetzt zu beerbenden Ascendenten gerichtlich gegebene, und auf eine bestimmte Geldsumme lautende Schenkungs-Versprechen als ein Kapital zu betrachten, und mithin der Kollation zu unterwerfen sei, oder nicht. Er neigt sich zur Bejahung der Frage[58]. Nach dem vorhin gewonnenen Prinzip wird die Entscheidung der Frage in jedem einzelnen Falle von dem Inhalte des Versprechens abhängig sein. Ist darin eine bestimmte Summe zugesichert, aber die Fälligkeit auf lange oder auf unbestimmte Zeit unter Hinzufügung eines Zinsversprechens hinausgeschoben; so müßte dieses „ausstehende Kapital“ wohl ohne Zweifel der Kollation unterworfen sein.

Das Landrecht verordnet: „Alles, was von der Ausstattung der Kinder, und der deshalb unter ihnen zu treffenden Gleichheit vorstehend §. 303 sqq. verordnet ist, gilt auch in Ansehung der denselben von dem Erblasser gemachten Geschenke[59].“ In der Reihe der §. 303 sqq. befindet sich auch im §. 308 die oben (Nr. 1, Alinea 2) besprochene Formvorschrift. Diese ist auf versprochene, aber noch nicht wirklich gegebene Geschenke nicht anwendbar, wie denn auch die vorstehende Bestimmung ja ausdrücklich nur von „gemachten“, d. h. wirklich gegebenen Geschenken spricht.

3. Was außerdem der schenkende Ascendent der Kollation unterworfen hat. Dies kann auf zweierlei Weise geschehen.

a) Durch die sofort der Hingabe beigefügte Bedingung oder Auflage, daß der geschenkte Gegenstand künftig bei der Erbtheilung angerechnet werden müsse (donatio sub modo). Nimmt der Descendent die Gabe unter dieser Bedingung an, so bedarf es keiner weiteren Form, der Descendent ist zur Erfüllung der Auflage gehalten[60]. Auch das Darlehen, welches der Ascendent dem Descendenten unter dem Vorbehalte der Anrechnung auf das künftige Erbtheil giebt, ist keine konferirbare Schenkung, sondern ein Darlehn, dessen Fälligkeit auf den Tod des Gebers gestellt ist; der Empfänger kann sich

---

58) Das preuß. Intestat-Erbrecht §. 71, S. 239. Er gründet sich auf die Analogie des §. 308, wonach eine versprochene Ausstattung als Schuld von dem Nachlasse abgezogen werden und übrigens mit der wirklich gegebenen gleiche Rechte haben soll.

59) II, 2, §. 327.

60) I, 11, §. 1053.

also durch Ausschlagung der Erbschaft nicht von der Darlehnsschuld befreien, sondern muß den nach Abrechnung seines etwanigen Erbtheils bleibenden Rest zur Nachlaßmasse bezahlen, auch muß das ganze Darlehen überhaupt als ein Bestandtheil der Verlassenschaft der Masse beigezählt werden [61]).

b) Nachträglich durch eine letztwillige Anordnung, aber nur in der Form eines wirklichen Testaments, oder doch in der privilegirten Form der divisio parentum in liberos; aber in einer solchen Anordnung muß der Betrag, welcher zur Anrechnung kommen soll, entweder in der Disposition selbst, oder durch Bezug auf eine von dem Testator anderswo geschehene Anzeichnung, hinlänglich bestimmt sein, widrigenfalls der Befehl der Anrechnung selbst für nicht geschrieben gilt; eine Ergänzung durch Beweis ist unzulässig [62]). Weiter als die Anrechnung nach den gesetzlichen Grundsätzen zu befehlen, geht die Macht des Gebers nicht, er kann namentlich nicht gültig anordnen, daß der Empfänger etwas von demjenigen, was er einmal von ihm eigenthümlich erhalten hat, wieder herausgebe [63]).

## §. 103.

### Fortsetzung. Art und Weise der Ausgleichung.

I. Die unbeschränkte Verfügungsfreiheit unter Lebenden bringt es mit sich, daß Eltern ihr Vermögen bei ihren Lebzeiten willkürlich an ihre Kinder vertheilen können und daß es, wie bereits gesagt ist (§. 100, Nr. II, 1), auch von ihrem Willen abhängt: ob die Begabten sich von dem, was ihnen zu Theil geworden, auf ihren künftigen Erbtheil etwas sollen anrechnen lassen. Nur wenn sie über die Erbfolge nach ihnen gar keine Willenserklärungen hinterlassen haben, kommen die vorgetragenen Grundsätze über die Anrechnung zur Anwendung, mit anderen Worten: bei der testamentarischen Erbfolge findet keine Kollation statt. Es ist jedoch das Gegentheil behauptet worden und deshalb ist die Frage hier noch einmal aufzunehmen. Der ehemalige Oberappellationssenat des Kammergerichts sagt in einem Erk. vom 25. September 1834 [1]): „Schenkungen, welche von einem Ascendenten herrühren, müssen Descendenten, wenn sie diesen Ascendenten beerben, wechselseitig konferiren." — — „Man könnte ein-

61) Erk. des Obertr. vom 24. September 1852 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VI, S. 331).

62) A. L.R. II, 2, §§. 385—388.

63) Ebenda §. 389.

1) Juristische Wochenschr. v. J. 1836, S. 393, 394.

wenden, es laufe dies dem Landrechte insofern zuwider, als dasselbe nur die ab intestato, nicht, wie das römische Recht, auch die ex testamento succedirenden Descendenten, zu denen gerade die Parteien gehören, zur Kollation verpflichtet. Allein — es (das A. L.R.) bestätigt den Satz: „Legitima est portio portionis ab intestato debitae.“ Hiernach müssen, sobald eine Verletzung im Pflichttheile vorkommt, behufs der Berechnung, (unbezweifelt?) auch die aus einem Testamente succedirenden Descendenten konferiren.“ Die Schlußfolgerung „Hiernach“ ist eine in der Luft hängende Behauptung, welche sich aus jener Regel „legitima“ nicht herleiten läßt; denn die Frage: ob die Legitima portio portionis sei, hat mit der Frage: ob Jemand ein vom Erblasser erhaltenes Geschenk als einen Bestandtheil des Nachlasses in die Masse einzuwerfen schuldig sei, ganz und gar nichts zu thun. Dabei ist hervorzuheben, daß die aus einem Testamente succedirenden Descendenten nicht als solche, nicht kraft ihrer Blutsverwandtschaft, sondern lediglich kraft des ausgesprochenen Willens des Erblassers als Testamentserben succediren, daher nichts darauf ankommt: ob und wie sie mit dem Erblasser blutsverwandt sind. Die unbeweisbare Behauptung scheitert auch an der Art und Weise, wie die Kollation nach der Idee des Kammergerichts zur Ausführung kommen soll. Die Kollation soll hier nicht in dem vom Gesetz vorgeschriebenen alleinigen Wege der Ausgleichung geschehen, sondern „die (geschenkten) 2000 Thlr. sollen der Nachlaßmasse behufs der Berechnung des Pflichttheils des Klägers zugezählt werden [2].“ Das ist neue Einführung eines von dem Landrechte gerade verworfenen Prinzips, also reine Willkür gegen Wortlaut und Sinn des Gesetzes. Wenn dem so ist, so erhellet, daß die Behauptung schon durch ihre rechtliche Unmöglichkeit abgeworfen wird. — Die Meinung des Kammergerichts hat an dem Herausgeber der juristischen Wochenschrift [3]) einen Anhänger. Derselbe räumt zwar ein, daß die Vorschriften über die Kollation §. 303 ff., II, 2 sich nach ihrer Stellung und nach der Anmerkung zum gedr. Entwurfe [4]) allerdings zunächst nur auf die Intestaterb-

2) Dafür ist allegirt der §. 352, I, 9: „In wiefern die Erbschaft durch das, was gewisse Miterben bei der Theilung unter einander einwerfen müssen, einen Zuwachs erhalte, ist gehörigen Orts bestimmt. (§§. 303 ff., Tit. 2, Th. II.)“ Eine seltsame Beweisführung das.

3) In dessen Nachschrift a. a. O. (Note 1), S. 408.

4) Th. I, Abth. 1, Tit. 2, §. 251, S. 199: „Was in dieser Lehre der natürlichen Billigkeit gemäß ist, daß für die möglichste Gleichstellung unter den Kindern, sobald die Eltern weder unter Lebendigen, noch von Todes wegen ein Anderes disponirt haben, durch das Gesetz gesorgt werde ꝛc.“

folge beziehen; in Erwägung jedoch, daß der §. 390 a. a. O. bestimmt: wie das, was in der letztwilligen Verordnung der Eltern nicht bestimmt sei, nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge beurtheilt werden muß; und daß ferner der §. 384 verordnet, daß die Eltern verfügen können, daß die noch Unausgestatteten vor den Ausgestatteten weniger, als die Ausstattuugen oder Schenkungen der Letzteren betragen, oder auch gar nichts zum Voraus nehmen sollen, — hält er dafür, man könne füglich nicht bezweifeln, daß auch nach dem Allg. Landrecht bei der testamentarischen Erbfolge konferirt werden muß. Allein die erste Stelle, der §. 390, enthält weiter nichts als eine Interpretationsregel für letztwillige Anordnungen über die Kollation, denn der §. 390 ist die Schlußbestimmung über diese Lehre, und bestimmt nicht im Entferntesten, daß, wenn dergleichen Anordnungen bei einer testamentarischen Erbeseinsetzung nicht getroffen sind, alsdann die gesetzlichen Bestimmungen über die Kollation bei der Intestaterbfolge in das Testament hineingelegt werden sollen; der §. 390 gehört eben zu der Gruppe von Bestimmungen, welche die Intestaterbfolge voraussetzen, von der testamentarischen Erbfolge ist hier keine Rede. Das Letztere gilt auch von dem §. 384, er setzt gleichfalls die Intestaterbfolge voraus und spricht nur von solchen Verordnungen der Eltern, welche sie über die Ausgleichung ihrer Kinder wegen der ihnen unter Lebenden zugewendeten Ausstattungen und Geschenke getroffen haben (§§. 381—383). — Nun findet sich noch in einer Entscheidung des Obertribunals die Aeußerung, daß auch bei der testamentarischen Erbfolge die Kollation unter Descendenten nicht ausgeschlossen sei [5]). Das ist freilich in einem gewissen Sinne richtig, die Kollation ist hierbei nicht verboten; wenn daher der Testator eine solche seinen von ihm berufenen Erben zur Pflicht gemacht hat, so müssen sie sich das gefallen lassen, und wer das nicht will, muß, mag er zufällig Descendent des Erblassers sein, oder nicht, die Erbschaft ausschlagen, denn aus dem Testamente, in der Eigenschaft als Testamentserbe, hat er gar nichts anderes und nicht mehr zu fordern als ihm eben beschieden ist, er hat aber auch dieses ganz und vollständig, ohne Abzug aus einem Titel, der außerhalb des Testaments liegt und den ein testamentarischer Miterbe nebenher geltendmachen möchte, zu fordern. Deshalb braucht kein Testamentserbe sich von einem andern Miterben auf Grund des hier fremden Verwandtschaftstitels, der hier das Erbrecht nicht giebt, etwas anrech-

5) Erk. vom 11. Juni 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVII, S. 270).

nen zu lassen; niemand kann aus zwei verschiedenen Erbrechtstiteln zugleich erbrechtliche Ansprüche machen; wem dies nicht gefällt, muß die testamentarische Erbschaft ausschlagen und mag, falls er Pflichttheilsberechtigter ist, den Pflichttheil fordern, auf dessen Ausmittelung ich weiterhin zurückkomme. Hiermit bin ich schon in die Beweisführung darüber, daß die gesetzliche Kollation bei der testamentarischen Erbfolge nicht stattfindet; eingetreten; diese will ich zunächst zu Ende bringen. Der alte, noch heute geltende Rechtsgrundsatz: „uti legassit", schließt alle eventuelle gesetzliche Erbfolge-Bestimmungen aus, das spätere Institut der Kollation kommt nicht in Betracht, wenn ein rechtsgültiges Testament im eigentlichen Sinne, d. h. eine ausdrücklich ausgesprochene Erbesberufung des Testators vorhanden ist; hat der Erblasser seinen Willen: wer und wie Jemand sein Erbe sein solle, ausgesprochen, so schweigt das allgemeine Gesetz. Die eventuellen gesetzlichen Bestimmungen über Kollation kommen nach klassischem Rechte nur in Ermangelung einer testamentarischen Erbeseinsetzung zur Anwendung, sie sind unvereinbar mit jenem Rechtsprinzip „uti legassit", und überhaupt dem römischen Civilrechte nicht bekannt. Die späte Justiniansche Verordnung, wonach auch bei der testamentarischen Erbfolge Kollation stattfinden sollte [6]), ist eine auf Willkür gegründete, wenn nicht aus Rechtsunwissenheit hervorgegangene Rechtskorruption, welche die Verfasser des Landrechts mit richtigem Takt ganz ignorirt haben. Diese Verfasser haben ausdrücklich erklärt, daß für die möglichste Gleichheit unter den Kindern durch das Gesetz nur dann zu sorgen sei, wenn die Eltern weder unter Lebendigen, noch von Todeswegen, ein Anderes disponirt haben([4]). Dem entspricht der §. 329 d. T.:

„Auf alles Uebrige, was außer der Ausstattung von den vorbeschriebenen Schenkungen ein und anderes Kind von den Eltern, bei deren Lebenszeit, erhalten hat, wird bei der Theilung des Nachlasses, nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, keine Rücksicht genommen."

Das will nicht etwa sagen: nach den Regeln der testamentarischen Erbfolge könne wohl allerdings darauf Rücksicht genommen

---

6) Nov. 18, cap. 6: — „prioribus legibus volentibus, in collationibus si quidem sine testamento morerentur parentes, collationes secundum earum virtutem fieri; si vero testati, nihil dicentes de eis, locum non fieri collationibus —. Nos sancimus, — sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus, — omnino esse collationes, — nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem —."

werden, nur nicht nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge; vielmehr will es sagen: nur das, was vorbeschrieben ist, wird bei der gesetzlichen Erbfolge berücksichtigt; was bei der testamentarischen Erbfolge berücksichtigt werden soll, muß eben das Testament bestimmen; mit anderen Worten: die vorstehenden Verordnungen über die Ausgleichung der Kinder unter einander setzen die gesetzliche Erbfolge voraus, und finden bei der testamentarischen nicht Anwendung [7]).

Bei der testamentarischen Erbfolge ist ausschließlich das Testament das Gesetz für das Erbrecht der Berufenen und die alleinige Norm für das Verhältniß der Miterben unter sich; keiner kann als Testamentserbe von dem Andern mehr oder unter anderen Modalitäten ansprechen als wie es ihm beschieden ist, und alle müssen die Erbschaft so nehmen, wie der Testator solche wirklich hinterlassen hat. Wer von ihnen das nicht mag, muß die Erbschaft ohne Vorbehalt ausschlagen, und ob er nun noch einen Anspruch an den Nachlaß erheben kann, hängt allein davon ab, ob er dazu aus eigener Person ein von dem Willen des Erblassers unabhängiges Recht hat. Das ist der Fall bei dem Pflichttheilsberechtigten: dieser kann nun seinen Pflichttheil, beziehungsweise dessen Ergänzung fordern, und hier kehren wir zu der oben bei Seite gesetzten Frage zurück: wie derselbe festzustellen sei. Man kann es gelten lassen, daß der Pflichttheil eine portio portionis etc. sei, die Frage wird dadurch keine andere, es kommt immer darauf an, das Ganze zu finden, von welchem die portio genommen werden soll. Abgesehen von positiven Bestimmungen besteht das Ganze in derjenigen Vermögensmasse, welche der Testator in dem Augenblicke seines Todes hatte. Ist dem Pflichttheilsberechtigten diese Masse ungenügend, will er dazu behufs der Vergrößerung der Masse und folglich der Vergrößerung seiner portio portionis Gegenstände heranziehen und beizählen, die der Testator ehemals hatte, aber schon eine Zeit vor seinem Tode gar nicht mehr sein Eigenthum waren, so muß er dazu einen besonderen Titel aufweisen. Nun ist, wie oben vorgetragen, gesagt: die Kollationspflicht ist der Titel, die Descendenten — wenn deren unter den übrigen Testamentserben sind — müssen Ausstattuug und Geschenke einwerfen. Aber der Pflichttheilsberechtigte, der die testamen-

7) Witte ist ebenfalls dieser Meinung. Er sagt a. a. O. S. 232: „Die Ausgleichung kommt nach preuß. Recht, im Gegensatze von Justinian's neuesten Bestimmungen, nur bei der Intestatsuccession, nicht aber bei der testamentarischen vor." Er geht jedoch nicht auf eine Beweisführung ein, erwähnt auch der entgegenstehenden Meinung nicht, vielleicht weil er die Frage für unzweifelhaft hielt.

tarische Erbschaft des Parens ausgeschlagen und sich auf seinen Ausnahmstitel (oben, §. 4) gestellt hat, konkurrirt ja nicht mit Personen, welche als Descendenten, auf Grund der Blutsverwandtschaft, Erben sind; sie sind ja Erben auf Grund des Testaments, Testamentserben geradeso wie die Fremden, welche etwa noch mit ihnen zugleich berufen sind; er hat es mit Descendenten als Erben nicht zu thun. Außerdem ist, wie oben gesagt worden, dem Landrechte eine Einwerfung, eine Beizählung der Geschenke zur Erbmasse ganz unbekannt, im Gegentheil, diesen Modus hat es abgeschafft. Sollte also eine Kollation wider Recht und Gesetz doch zur Ausführung kommen, so müßte ja der Pflichttheilsberechtigte die Schenkungen 2c. als Voraus von der Masse vorweg nehmen und dann seine portio portionis, wenn noch etwas übrig bliebe, noch dazu erhalten. Die Absurdität dieses Modus fällt in die Augen; es könnte kommen, daß der auf den Pflichttheil Gesetzte die ganze Erbschaft allein erhielte. — Weiter wird gesagt: der Erblasser könne die Kollation nur unbeschadet des Pflichttheils eines andern Descendenten untersagen. Aber was folgt daraus, wenn der Erblasser sich daran nicht kehrt? Ist er denn nicht Herr seines Vermögens und kann er darüber nicht freiwillig verfügen? Kann sein Pflichttheilserbe die ihm beliebten Verfügungen unter Lebenden annulliren? Nichts von alle dem, der Pflichttheilserbe kann nur seinen Pflichttheil fordern. Die Sachlage ist bei der testamentarischen Erbfolge diese: der Testator hat bei seinen Lebzeiten eine große Ausstattung gegeben und große Geschenke gemacht, demnächst sich beliebige Personen testamentarisch zu Erben ernannt. Einer derselben, zufällig ein Pflichttheilsberechtigter erkennt das Testament nicht an, weil er sich durch jene Vergabungen im Pflichttheil verletzt findet. Was kann er nun thun? Nichts anderes als von den ihm zustehenden Rechtsmitteln Gebrauch machen, nämlich von der querela inofficiosae donationis und von der querela inofficiosae dotis (Nr. II, 2), soweit dieselben im Landrechte zugelassen sind. „Doch haben, wegen des Widerrufs übermäßiger Schenkungen, die anderen Kinder, so wie der überlebende Ehegatte, gegen das beschenkte Kind eben die Rechte, wie gegen einen Fremden. (Th. I, Tit. 11, §. 1091 sqq.)" [8]). Damit muß der Pflichttheilsberechtigte sich begnügen.

II. Behufs Ausführung der Ausgleichung bei der Erbfolge ab intestato ist die Feststellung des Betrages der Zuwendungen erstes

---

8) II, 2, §. 330.

Erforderniß. Diese Feststellung soll nach folgenden Grundsätzen geschehen:

1. In der Regel wird auf den Werth, den die Zuwendung zur Zeit des Empfanges, ohne Rücksicht auf Nutzungen und Zinsen, hatte, gesehen, mag der Gegenstand mit oder ohne Schuld des Empfängers später in Verlust gekommen sein oder nicht [9]). Eine Ausnahme machen Mobilien, wenn deren Werth zum Behufe der Anrechnung nicht schon bei der Uebergabe bestimmt worden ist: solche sollen nur nach dem Werthe, wie er zur Zeit der Erbtheilung wirklich ist, angeschlagen und auf Stücke, die durch den Gebrauch oder sonst, ohne eigenes grobes Versehen des Kindes, vernichtet oder verloren worden, soll keine Rücksicht genommen werden [10]), weil die unausgestatteten Kinder, die im väterlichen Hause gelebt haben, das väterliche Mobiliar ebenfalls mitgebraucht und abgenutzt hätten [11]). Dies wird auch gelten, wenn der Werth gleich anfangs bei der Uebergabe bestimmt worden war. In allen Fällen aber darf der Verlust nicht aus Mangel eines Rechts des Gebers eingetreten sein (Eviktion).

2. Ist der Werth der Sache bei der Zuwendung bestimmt worden, und das Kind hat dieselbe dafür einmal übernommen, so kann dieses die Bestimmung aus dem Grunde, daß dieselbe zu hoch sei, niemals anfechten [12]). Zu dieser Bestimmung bedarf es keiner Form, die mündliche Uebereinkunft genügt zur Gültigkeit, wie bei einem Realkontrakte. Dagegen dürfen die anderen Kinder behaupten, daß der Werth zu niedrig bestimmt und sie dadurch in ihrer Gleichberechtigung verletzt seien. Wenn darauf ermittelt wird, daß der wahre Werth mehr als das Doppelte des elterlichen Anschlags beträgt, so muß das begabte Kind sich die Hälfte des eigentlichen Werths statt des Anschlags anrechnen lassen [13]). Das ist die Gestalt, welche die querela inofficiosae dotis [14]) im preußischen Rechte angenommen

---

9) Ebenda §§. 306, 307.

10) Ebenda §§. 345—347.

11) Nach einer Bemerkung von Suarez, welche Bornemann, System, Bd. VI, S. 282 mittheilt.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 336, 337, 340, 345.

13) So ist der unklar gefaßte §. 338 a. a. O. zu verstehen, welcher sagt: „Ist jedoch der angeschlagene Werth dergestalt offenbar zu niedrig, daß der wahre Werth zur Zeit der Zuwendung den Anschlag um mehr als die Hälfte übersteigt; so muß das ausgestattete Kind sich die Hälfte des eigentlichen Werths statt des Anschlages anrechnen lassen."

14) L. un. C. de inoff. dotibus (III, 30). — Glück, Kommentar, Bd. VII, S. 181 flg.

hat. Suarez sagt darüber: „Eigentlicher Abweichungen von den bisherigen Gesetzen kann ich nur — bemerken: — 3) daß die querela inofficiosae dotis sehr eingeschränkt worden. §. 338. —— Ad 3 ist die Theorie von dem dote inofficiosa eben die, welche de donatione inofficiosa im ersten Theile Tit. 11, §. 1113—1116 schon vorgekommen, und auf diese gründet sich insonderheit auch die Vorschrift des §. 338 d. T. (13). Die ganze Lehre ist im römischen Rechte sehr verwickelt, und giebt zu so vielen unglücklichen Prozessen Anlaß, daß sie gewiß eher eingeschränkt, als ausgedehnt zu werden verdient[15]." Die Einschränkung ist denn auch dergestalt geschehen, daß alle Aehnlichkeit zwischen dem früheren und dem neuen Rechte verschwunden ist, weshalb jenes hier ganz ausgelassen werden kann. — Jene Ausmittelung des eigentlichen Werths soll, wenn die übrigen Kinder eine erhebliche Abweichung des angeschlagenen von dem wirklichen Werthe vorher bescheinigen, bei Grundstücken und Gerechtigkeiten in erster Linie nach dem Ertrage derselben zur Zeit der Zuwendung geschehen; dann, wenn es an hinlänglichen und zuläſſigen Nachrichten darüber fehlt, soll der ehemalige Erwerbungspreis, welchen der Erblasser dafür gegeben hat, als Maßstab dienen, mit Vorbehalt des Nachweises der Verbesserungen oder Verringerungen an der Substanz in der Besitzzeit des Erblassers bis zur Zuwendung an das damit begabte Kind[16].

3. Hat der Erblasser später, nach der Zuwendung, den Werth einseitig bestimmt, so können nicht bloß die anderen Kinder unter der vorgedachten Voraussetzung, sondern auch das begabte Kind die Ausmittelung des wahren Werths zur Zeit der Uebernehmung verlangen. „Alsdann," heißt es, „hat das ausgestattete Kind die Wahl: ob es das Grundstück für den ausgemittelten Werth behalten und sich denselben anrechnen, oder ob es das Grundstück selbst zur Masse zurückgeben und alsdann mit seinen Geschwistern gleich theilen wolle. — Wählt es das Letztere: so muß es die seit der Uebernahme entstandenen Verringerungen, gleich einem redlichen Besitzer, zur Masse vergüten. — Verbesserungen kann es gegen solche Verringerungen nur kompensiren; nicht aber Ersatz aus der Masse fordern[17]." Diese Anordnung sieht glatt aus, ist aber ein Bruch des Gesetzes der Logik, oder eine Ausnahme von der Regel für einen gleich näher zu bezeichnenden Fall, immer aber eine auf nackte Will-

15) Schlußvorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 139 u. 142.

16) A. L.R. a. a. O. §§. 339, 333—335.

17) Ebenda §§. 341—344.

für gegründete Anordnung. Die Eltern haben nämlich grundsätzlich das Recht, zu bestimmen: wie hoch die Ausstattungen oder Schenkungen, die einige Kinder von ihnen erhalten haben, bei der Erbtheilung mit den Uebrigen angerechnet werden sollen, wenn bei der Zuwendung kein Werth bestimmt ist und keine Verletzung im Pflichttheile stattfindet, insofern diese Bestimmung in der vorgeschriebenen Form geschicht[18]). Der schenkende Parens kann daher mit Recht ein gegebenes Grundstück 2c., dessen Werth in dem Uebertragungsakte nicht bestimmt worden ist, beliebig über den wahren Werth desselben, absichtlich, um den Begabten dadurch zu beschweren, durch nachträgliche Werthsbestimmung einseitig anrechnen, wenn er damit den Pflichttheil nicht schmälert. Dieser Grundsatz würde ja wieder durch die hier gegebene Vorschrift (17) umgestoßen sein, wenn sie nicht auf einen gewissen Fall zu beschränken wäre. Dieser Fall ist der, wenn die einseitige Bestimmung nicht in der vorgeschriebenen Form geschehen ist. Der Fall der Verletzung im Pflichttheile durch übermäßige Werthsbestimmung, wenn diese Form eines Testaments geschehen ist, giebt keinen Raum zur Anwendung der in Rede stehenden Vorschrift (17), weil der Begabte hier nur Ergänzung seines Pflichttheils fordern kann, also nicht gleiche Theilung mit seinen Geschwistern gegen Zurückgabe des Grundstücks zur Masse.

4. Baare Gelder (die überhaupt nur bei der Ausstattung, nicht auch bei späteren Geschenken berücksichtigt werden) und ausstehende Kapitalien sollen nach ihrem „eigentlichen Betrage" angerechnet werden[19]), also nicht nach ihrem Nennwerthe. Von „gemünztem Papier" (z. B. österreichischen Banknoten, womit etwa ein Vater seine nach Oesterreich sich verheirathende Tochter ausstattete), kurshabenden Geldpapieren, Aktien u. dergl., ergiebt der Tageskurs an der nächsten Börse zur Zeit des Empfanges den eigentlichen Betrag. „Andere Schuldinstrumente"[20]) werden nach dem Nennwerth anzurechnen sein, wenn sie eingezogen worden sind oder zur Zeit der Anrechnung noch ausstehen, wofür jedoch im zweiten Falle die Miterben nach den Grundsätzen von Cessionen Gewähr zu leisten haben[21]). Nach eben diesen Grundsätzen bleibt auch festzustellen: ob etwas und wieviel anzurechnen ist, wenn das Kapital inzwischen ausgefallen.

III. Die Vorschrift über den Ausgleichungs-Modus lautet:

18) Ebenda §§. 383, 385.
19) Ebenda §. 332.
20) Vergl. I, 2, §. 12.
21) A. L.R. I, 17, §§. 98 u. 126.

„Haben einige Kinder von dem Erblasser, bei dessen Lebenszeit, etwas zur Ausstattung erhalten, so muß jedem der übrigen eben so viel aus der Erbschaft, vor deren Theilung zum Voraus verabfolgt werden. — Sind mehrere Kinder ausgestattet, und haben sie dazu nicht gleichviel erhalten: so können die weniger Begünstigten das zur völligen Ausgleichung Erforderliche aus der Erbschaft voraus verlangen. — Wird die Erbschaft durch diese Ausgleichung der entweder noch gar nicht, oder minder reichlich ausgestatteten Kinder mit den reichlicher versorgten erschöpft: so bleiben Letztere von der Theilung ausgeschlossen. — Die übrigen entweder noch gar nicht, oder minder reichlich versorgten Kinder theilen sich alsdann in die Erbschaft dergestalt, daß unter ihnen die möglichste Gleichheit beobachtet werde[22]." Hiernach müssen zuerst die Unausgestatteten soviel erhalten, wie der am geringsten Ausgestattete; demnächst müssen alle Diese dem zunächst besser Ausgestatteten gleichgemacht werden, darauf alle Diese wieder dem noch besser Versorgten und sofort, bis Alle dem am reichlichsten Begabten gleichstehen, wonächst sie den Rest der Masse unter sich nach der Kopfzahl (nach der Zahl der Linien) theilen. Z. B. der Erblasser hinterläßt 5 Kinder und, nach Abzug der Schulden[23]), 10000 Thlr. Von den Kindern hat A. 2000 Thlr., B. 1500 Thlr. und C. 1000 Thlr. von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten erhalten. Nun erhalten zunächst die beiden Unausgestatteten jeder 1000 Thlr., dann erhalten dieselben und C. noch jeder 500 Thlr. Damit sind sie dem B. gleichgestellt. Sie sollen aber auch dem A. gleichgestellt werden, und deshalb müssen diese Vier noch jeder 500 Thlr. erhalten. Von den nun noch vorhandenen 4500 Thlr. erhält jedes der 5 Kinder 900 Thlr. Man nehme aber an, der Nachlaß betrage in dem gesetzten Falle nur 4500 Thlr., so würde die Theilung wie folgt zu stehen kommen: Vorweg erhalten die beiden Unausgestatteten 2000 Thlr., wodurch sie dem C. gleichzustehen kommen. Nun sollen C. und die beiden Unbegabten dem B. gleichgestellt werden, und müssen also noch jeder 500 Thlr. erhalten. Die nun gleichstehenden Vier sollen aber auch noch dem A. gleich kommen. Dazu sind 2000 Thlr.

22) II, 2, §§. 303, 309—311.

23) Durch den Abzug der Schulden und Legate (Erbschaftsstempel wird hier nicht entrichtet) von der Masse vor deren Vertheilung erledigt sich die Frage über die Stellung der ausgestatteten und unausgestatteten Kinder den Gläubigern und Legataren gegenüber von selbst; diese haben an die bei Lebzeiten veräußerten Vermögensstücke und deren Besitzer gar keinen Befriedigungsanspruch, außer dem Falle, wo den Gläubigern nach dem Konkursrechte eine Anfechtung zusteht.

erforderlich, 1000 sind aber nur noch vorhanden. Diese theilen die Vier unter sich gleichmäßig und A. geht leer aus; etwas zur vollständigen Ausgleichung zurückzugeben ist er nicht gehalten, es ist daher auch unzulässig, von einem Miterben, welcher von dem Erblasser schon zu dessen Lebzeiten höher ausgestattet worden, als sein Erbtheil betragen hätte, und der deshalb von der Theilnahme an der Erbschaft ausgeschlossen bleibt, — zu fordern, daß er das Ueberhobene bei der demnächstigen Theilung des Nachlasses des Letztlebenden der Eltern einwerfe [24]).

IV. Ist das Vermögen des verstorbenen Parens durch übermäßige Begabung eines Kindes oder mehrerer Kinder dergestalt erschöpft oder geschwächt, daß für die hinterbliebenen Notherben nicht einmal der Pflichttheil übrig ist; so nennt das römische Recht jene Ausstattung eine pflichtwidrige (dos inofficiosa), gegen welche eine besondere Konstitution ein Rechtsmittel ad exemplum querelae inofficiosi testamenti eingeführt hat ([14]), welches man querela inofficiosae dotis nennt. Die Klage wird gegen das oder die übermäßig dotirten Geschwister gerichtet und geht dahin, daß sie so viel, wie der Pflichttheil des Klägers beträgt oder zur Ergänzung desselben erforderlich ist, von den empfangenen Dotationen herausgeben. In dieser Materie ist sehr viel streitig; hier können jedoch alle diese Kontroversen bei Seite bleiben, weil sie im preußischen Rechte nicht entstehen können. Das Landrecht macht von dem Prinzip eine ganz eigenthümliche Anwendung durch folgende Verordnung:

„Ist in dem Nachlasse des verstorbenen Vaters nicht so viel vorhanden, daß die noch unversorgten Kinder die §§. 232, 233 beschriebene nothdürftige Ausstattung daraus erhalten können: so müssen ihre versorgten Geschwister das daran Fehlende ergänzen. — Sind mehrere ausgestattete Geschwister vorhanden: so müssen sie zu dieser Ausstattung der noch unversorgten, nach Verhältniß des Empfangenen, beitragen. — Doch kann keinem derselben ein höherer Beitrag, als ein Drittel der selbst erhaltenen Ausstattung, abgefordert werden [25]).“

Hierüber ist Folgendes zu bemerken:

1. Der Anspruch ist lediglich auf den Fall beschränkt, wenn der Vater sein Vermögen durch übermäßige Dotationen eines Kindes oder einiger Kinder erschöpft hat, so daß er den übrigen Kin-

---

24) II, 2, §. 312. — Pr. des Obertr. 1468 b, vom 28. Juni 1844 (Präj.-Samml. I, S. 167; Entsch. Bd. X, S. 191).

25) A. L.R. a. a. O. §§. 313—315.

dern nichts oder nicht genug hinterläßt. Im römischen Rechte gilt das Gleiche auch von Vergabungen der Mutter[26]).

2. Das Maximum der Schuld der Begabten ist auf ein Drittel „der selbst erhaltenen Ausstattung" festgesetzt. Aber es ist hinterdrein verordnet: „Alles, was von der Ausstattung und der deshalb unter ihnen zu treffenden Gleichheit vorstehend §. 303 sqq. verordnet ist, gilt auch in Ansehung der denselben von dem Erblasser gemachten Geschenke[27])." Darnach ist es nicht zweifelhaft, was schon die Gleichheit gebietet, daß auch das Drittel der konferirbaren Geschenke herangezogen wird.

3. Die Schuld der Begabten soll zwar ihrem Betrage nach schon bei der Erbtheilung festgestellt werden, aber sie ist eine zwiefach bedingte und bedarf keiner Sicherstellung. Bedingt ist sie dadurch, daß a) der Fall, wo die unversorgten Geschwister wirklich ausgestattet werden sollen, eintritt[28]), und daß b) das unversorgte Kind in dem eingetretenen Falle nicht durch Erbschaften oder andere Glücksfälle sich in solchen Umständen befindet, oder auch nach des Vaters Tode darin versetzt wird (etwa durch eine von der Mutter pflichtgemäß[29]) zu gebende Ausstattung, oder durch eine Vorsorge der Großeltern), daß es zu seiner nothdürftigen Ausstattung eines Beitrages nicht bedarf[30]). Treten nicht beide Bedingungen vereint ein, so ist die persönliche Schuld der Geschwister erloschen[31]).

## §. 104.

### In der Zweiten Klasse.

A. L.R. II, 2, §§. 489 ff.

I. Hier können folgende Personen zusammentreffen:

1. Die unmittelbaren Eltern des Erblassers, sowohl die leiblichen wie die Stiefeltern, mit welchen er in die Einkindschaft getreten war. Sind beide am Leben, so erhält jeder von ihnen die Hälfte der auf sie nach Maßgabe der Konkurrenz fallenden Portion, insofern Beide erbfähig sind; ist nur Einer vorhanden, so erhält er allein die ganze Portion, oder, wenn keine Konkurrenten vorhanden sind, die

---

26) Eine Mutter hatte sogar zur Einführung der Querel Anlaß gegeben: „Cum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta — —." L. un. C. de inofficiosis dotibus (III, 30).

27) A. L.R. a. a. O. §. 327.

28) Ebenda §. 317.

29) Ebenda §. 236.

30) Ebenda §. 320. — Vergl. §. 234.

31) Ebenda §§. 319, 320. — Vergl. oben, §. 8, Nr. 5, lit. a, dd.

ganze Erbschaft. In Betreff der Erbfähigkeitsfrage bei den Eltern ist Vater und Mutter zu trennen.

a) Der Vater beerbt den Erblasser nur dann, wenn er mit dessen Mutter in einer rechten Ehe gelebt oder in Einkindschaft gestanden, oder denselben in einer mit der Mutter bona fide eingegangenen nichtigen (putativen) Ehe[1]) erzeugt hat, oder, wenn der von ihm unehelich erzeugte Erblasser durch nachfolgende Ehe oder durch Hofreskript legitimirt worden ist (§. 86); den unehelich geborenen und nicht legitimirten und den in einer Ehe zur linken Hand erzeugten Erblasser beerbt der Vater nicht.

b) Die Mutter ist erbfähig, mag sie den Erblasser in einer rechten Ehe, oder in einer Ehe zur linken Hand, oder in einer nichtigen Ehe, wenn auch von ihr mala fide eingegangen, oder sonst außerehelich geboren haben; denn das in solcher Ehe geborene Kind ist eben ein uneheliches und es giebt keinen Grund, warum das Verhältniß der Eltern, namentlich der Mutter, zu ihrem Kinde dadurch, daß sie den bedeutungslosen Trauungsakt hat vollziehen lassen, ein anderes geworden sein sollte als es gewesen sein würde, wenn sie sich ohne jene leere Ceremonie hätte schwängern lassen. Witte[2]) spricht der Mutter das Erbrecht in den Nachlaß des von ihr in einer mala fide eingegangenen nichtigen Ehe geborenen Kindes ab, es kann danach also auch eine jüdische Mutter, welche wissentlich einen Christen geheirathet hat, und eine christliche Mutter, welche mit Bewußtsein einen Juden zum Manne genommen hat, ihr Kind nicht beerben; denn diese Ehe ist eben so null und nichtig wie eine ehebrecherische oder blutschänderische[3]). Diese Leugnung des Erbrechts einer solchen Mutter wird auf §. 54 d. T. gegründet, welcher verordnet: „In so fern beide Eltern, oder auch Einer von ihnen, dergleichen nichtige Ehe wissentlich geschlossen haben, erlangen sie über die daraus erzeugten Kinder keine elterlichen Rechte[4])." Diese Verordnung hat lediglich das persönliche Verhältniß zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande und läßt die Erbrechtsfrage ganz unberührt, diese wird in diesem Abschnitte überhaupt nicht entschieden, sondern erhält ihre Lösung erst in dem Abschnitte von unehelichen

---

1) A. L.R. II, 2, §. 55.

2) Preuß. Intestaterbrecht, §. 15, S. 57.

3) II, 2, §. 50 u. II, 1, §§. 36, 939.

4) Und der §. 55 ergänzt: „Doch kommen ihnen, in sofern sie die Erziehung der Kinder besorgen, diejenigen persönlichen Rechte zu, welche die Gesetze den Pflegeeltern beilegen. (Abschn. 12.)."

Kindern. Hier findet sich zuerst über das persönliche Verhältniß zwischen den Eltern und Kindern die gleiche Bestimmung: „Die persönlichen Rechte der Eltern über sie (die Kinder) erstrecken sich nicht weiter, als es der Zweck der Erziehung fordert[5]).“ Damit will das Landrecht über das wechselseitige Erbrecht durchaus nichts entschieden haben, darauf kommt es demnächst weiterhin: „An den Nachlaß eines unehelichen Kindes gebührt dem Vater desselben gar kein Anspruch. — Von der Mutter hingegen wird ein solches Kind mit eben dem Rechte, wie die ehelichen, beerbt[6]).“ Weder hier noch sonst irgend wo in der landrechtlichen Gesetzgebung wird unter den unehelichen Kindern nach den Arten, welche im gemeinrechtlichen Gebiete erfunden sind, ein Unterschied gemacht. Witte hat für seinen Satz, daß die Eltern dem in einer, der Form nach, wirklich eingegangenen, aber nichtigen Ehe, erzeugten Kinde, wenn sie bei der Eingehung in mala fide waren, nicht succediren, sonst keinen Beweisgrund, er knüpft an diese als bewiesen vorausgesetzte Behauptung nur noch in specieller Beziehung auf die mater adulterina die Erwägung an: „und da es durchaus unangemessen erscheint, der Mutter aus einem eigentlichen von ihr begangenen Verbrechen Rechte erwachsen zu lassen, so muß wohl unbedenklich das Erbrecht der mater adulterina bei uns geleugnet werden (²).“ Hierdurch wird die ehebrecherische Ehe (Bigamie)[7]) aus den nichtigen Ehen, von welchen ausgegangen wurde, ausgehoben; denn der für die Erbunfähigkeit der mater adulterina angegebene Grund paßt nicht auf alle nichtigen Ehen, namentlich nicht auf Ehen zwischen Juden und Christen, und doch kann ein Grund zum Beweise des aufgestellten Satzes: daß die Eltern dem in einer mala fide eingegangenen nichtigen Ehe erzeugten Kinde nicht succediren, keine Beweiskraft haben, wenn er nicht bei allen nichtigen Ehen thatsächlich zutrifft. Aber der angegebene Grund ist auch bei dem Adulterium und der mater adulterina nicht vorhanden. Der mater adulterina erwächst aus ihrem Verbrechen keinerlei Recht, auch nicht ihr Erbrecht. Ein Verbrechen beging sie nur durch ihre Wollust; aber daß sie ein Kind gebar, war kein Verbrechen; ihr Erbrecht in den Nachlaß dieses ihres Kindes gründet sich nicht auf jene verbrecherische Geschlechtsgemeinschaft (das Kind war nicht ihr Mann); sondern auf ihre Blutsgemeinschaft mit

5) II, 2, §. 645.

6) Ebenda §§. 658, 659.

7) Ebenda §. 50 und II, 1, §§. 16, 936.

ihrem Kinde, und diese ist kein Verbrechen, sondern ein von Natur entstandenes Statusverhältniß.

2. Der überlebende rechtmäßige Ehegatte des Erblassers, welchem hier ein Drittel des Nachlasses zufällt [8]).

3. Die Kinder des väterlichen Erblassers aus einer Ehe zur linken Hand und deren Abkömmlinge. Drei und weniger derselben erhalten Ein Drittel, mehr als Drei erhalten zusammen die Hälfte der Erbschaft [9]). Sind keine dergleichen Abkömmlinge vorhanden, so konkurriren

4. die anerkannten unehelichen Kinder des väterlichen Erblassers; sie erhalten zusammen den sechsten Theil des Nachlasses [10]), wenn sie nicht vorziehen, die noch zu ihrer Erziehung erforderlichen Alimente, mögen solche gesetzliche oder versprochene sein, als eine ihnen gebührende Schuld zu fordern; denn sie haben nur die Wahl zwischen dieser Forderung oder dem Erbtheile, auf Beides zugleich haben sie kein Recht [11]). Wenn ein solches Kind Alimente nicht mehr zu fordern hat, weil es bereits erzogen ist, so gebührt ihm gleichwohl die gesetzliche Erbquote [12]). Hier stellt sich aber die Frage: wie es zu halten, wenn von mehreren unehelichen Kindern das eine oder das andere bereits erzogen ist und die Erbquote fordert, die unerzogenen hingegen die Forderung der Alimente vorziehen. Dann wird eine Theilung des Sechstels eintreten müssen, und diejenigen, welche statt des Erbtheils die Alimente wählen, werden auf ihren Antheil zu verzichten haben. Statt dieser Antheile ist dann eine Summe, welche den noch erforderlichen Alimenten gleichkommt, von der Erbmasse vorzubehalten und was davon nach vollendeter oder etwa durch den Tod des Kindes weggefallener Erziehung übrig bleibt, ist unter den übrigen Konkurrenten (Eltern und Ehegatten) nachträglich zu vertheilen.

II. Die Theilung wird unter diesen Theilnehmern nach folgenden Grundsätzen ausgeführt: Zuerst nimmt die Wittwe das ihr gebührende Drittel [13]). Eine Bedeutung ist dieser Vorschrift nach den Ausdrücken nicht abzugewinnen, da es sich um Quoten des Ganzen

8) II, 1, §. 625.

9) II, 2, §. 580.

10) Ebenda §§. 651, 652.

11) §. 97 des Anh. z. A. L. R. (II, 2, §. 652). — Entsch. der Ges.-Kommiss. vom 14. März 1794 (Rabe, Sammlung, Bd. II, S. 611).

12) Vergl. Erk. des Obertr. vom 3. Februar 1834 (Entsch. Bd. I, S. 165).

13) II, 2, §. 582.

handelt. Denn wenn die Wittwe ein Drittel und die Kinder ein Drittel oder die Hälfte erhalten, das übrige Drittel aber den Eltern verbleibt, so macht es gar keinen Unterschied: ob „die Kinder ihren Antheil erst nach Abzug der der Ehefrau gebührenden Erbportion erhalten", oder nicht. Bei dieser Anordnung muß mithin noch ein Gedanke geherrscht haben, welcher nicht zum Ausdruck gekommen ist; und dieser läßt sich aus dem unmittelbar folgenden §. 583 erkennen. „Auch die Abfindung der zurückgelassenen Hausfrau, es mag die Mutter der Kinder sein, oder nicht, wird vor Berechnung des den Kindern zukommenden Antheils von der Erbschaft abgezogen." Das hat den Unterschied zur Folge, daß das Ganze wie durch den Abzug einer Schuld sich vermindert, mithin auch die Quote der Kinder, nach ihrem Inhalte in dem Verhältnisse, wie das Ganze vermindert ist, geringer ausfällt. Bei der gedachten Abfindung ist der vorgängige Abzug von der Masse selbstverständlich, denn sie ist eine Forderung der Hausfrau aus einem Vertrage. Wenn aber, wie die Verbindung „auch" andeutet, mit der Erbportion der Ehefrau ebenso verfahren werden soll, so können die Kinder ein Drittel oder die Hälfte erst von den übrig bleibenden zwei Dritteln, nicht aber, wie es vorgeschrieben ist (9), ein Drittel oder die Hälfte von der ganzen Erbschaft erhalten. Dennoch ist nach dem Zusammenhange dieser Vorschriften nicht zu verkennen, daß es wirklich beabsichtigt worden sei, den Kindern ein Drittel oder die Hälfte nur von dem Theile des Nachlasses zukommen zu lassen, welcher nach der Vorwegnahme der Erbportion der rechtmäßigen Wittwe übrig ist. Darnach ist die Fassung des §. 580: „den dritten Theil oder die Hälfte der Erbschaft erhalten", inkorrekt. — Auf gleiche Weise soll, nachdem die Portion der Wittwe aus der Masse vorweg genommen worden, mit der Feststellung des Sechstels „des Nachlasses", welches uneheliche Kinder erhalten, verfahren werden [14]), so daß dieselben nicht den sechsten Theil des Nachlasses, sondern nur von dem Reste desselben erhalten.

Die „Descendenten, welche aus einer Ehe zur linken Hand abstammen", also nicht bloß die Kinder ersten Grades, sondern auch deren Abkömmlinge, sollen sich in diese gesetzliche Erbportion nach denselben Grundsätzen theilen, welche in der ersten Klasse, bei der Erbfolge der Descendenten überhaupt, zur Anwendung kommen [15]).

---

14) Ebenda §. 652.
15) Ebenda §. 581.

Danach ist es nicht zu bezweifeln, daß die ehelichen Nachkömmlinge eines vor dem Vater verstorbenen Kindes ebenfalls an Stelle (in der Linie) ihres Parens den Großvater durch Theilnahme an der Portion der Kinder mitbeerben.

Von den unehelichen Kindern heißt es: „— so gebührt den unehelichen Kindern der sechste Theil des Nachlasses nach den §§. 581, 582, 583 enthaltenen näheren Bestimmungen" (14). Diese Bestimmungen sind eben diejenigen, welche die Erbfolge der Kinder aus der Ehe zur linken Hand in den Nachlaß des Vaters regeln. Hiernach ist so viel ausgemacht, daß mehrere uneheliche Kinder des Erblassers, wenngleich von verschiedenen Müttern, sich in das ihnen beschiedene Sechstel nach der Kopfzahl theilen. In Frage kann nur kommen, ob, wenn eins dieser Kinder, mit Hinterlassung ehelicher Descendenz (von unehelicher kann dies wohl nicht in Anspruch genommen werden), vor dem Vater verstorben ist, diese Descendenz gleichfalls den Kopftheil ihres Parens verlangen kann. Nach dem Wortlaute der Bestimmungen wird sich das nicht bestreiten lassen. — Kommt nach der Erbtheilung noch ein bis dahin unbekanntes uneheliches Kind zu Vorschein, so kann es sich nur an seine unehelichen Geschwister, welche den Theil der Erbschaft erhalten haben und besitzen, wovon ihm ein Kopftheil gebührt, nach den Grundsätzen der hereditatis petitio und der Theilungsklage halten.

III. Mit dem Accrescenzrecht in dieser Klasse verhält es sich so: Fällt einer von den Eltern aus, so accrescirt dessen Antheil dem Anderen ausschließlich; fallen Beide aus, so giebt es keine zweite Klasse, es kommt die folgende Klasse zur Succession und in derselben konkurriren dann neben den Verwandten auch der Ehegatte nach den für die Klasse geltenden Grundsätzen und die Kinder aus der Ehe zur linken Hand so wie die unehelichen Kinder des väterlichen Erblassers. Fällt die Ehefrau aus, so accrescirt die Portion derselben sowohl den Eltern wie den genannten Kindern dadurch, daß die Portion in der Masse bleibt und dadurch die Portionen der anderen Theilnehmer vergrößert werden; fallen die Kinder aus und die Ehefrau bleibt Miterbin, so wächst die Portion der Kinder allein den Eltern zu, weil die Portion der Frau durch die Theilnahme der Kinder unberührt bleibt; fallen Wittwe und Kinder aus, so bleibt die ganze Erbschaft den Eltern.

## §. 105.

### In der Dritten Klasse.

A. L.R. II, 3, §§. 35—40.

In dieser Klasse konkurriren:

1. Vollbürtige Geschwister mit Kopftheilen, und Abkömmlinge vorverstorbener vollbürtiger Geschwister ohne Unterschied des Grades mit der Portion ihrer Linie und beziehungsweise Unterlinie, nach denselben Regeln, welche in der Ersten Klasse bei der Succession der Kinder und deren Abkömmlinge zur Anwendung kommen [1]). Eine Accrescenz kann nur dann vorkommen, wenn das ausfallende Geschwister keine Nachkommen hat [2]). Zu den vollbürtigen Geschwistern zählen auch: a) die von denselben Eltern unehelich erzeugten aber durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder. Die durch Hofreskript legitimirten unehelichen Kinder derselben Eltern gelten gleichfalls als vollbürtige Geschwister; denn von der Mutterseite sind sie durch die Geburt Halbgeschwister und von der Vaterseite werden sie, wenn sie nicht von Einer Mutter sind, durch die Legitimation Halbgeschwister [3]), folglich werden sie, wenn sie alle dieselbe Mutter haben, vollbürtige Geschwister. b) Die aus einer nichtigen oder für nichtig erklärten Ehe entsprossenen Kinder [4]). Deren in einer nichtigen oder für nichtig erklärten Ehe erzeugten Kinder und die unehelichen Kinder der Schwestern sind in dieser Klasse nicht successionsfähig.

2. Der überlebende Ehegatte des Erblassers, welcher den Geschwistern und Geschwisterkindern ersten Grades gegenüber Ein Drittel, den weiteren Descendenten gegenüber die Hälfte der Erbschaft erhält [5]). Wie nach diesen verschiedenen Bruchtheilen die Portion des Ehegatten festzustellen, ist bereits oben (§. 95, lit. C, Abs. 2) vorgetragen.

3. Die Kinder des väterlichen Erblassers aus einer Ehe zur linken Hand und, wenn deren nicht vorhanden, dessen etwaige anerkannte uneheliche Kinder, nach denselben Grundsätzen wie in der zweiten Klasse.

---

1) II, 3, §§. 36—40.

2) Ebenda §. 39.

3) II, 2, §. 606: „Doch entsteht zwischen den ehelichen Kindern des Legitimirenden und dem Legitimirten selbst das Verhältniß, wie zwischen ehelichen Halbgeschwistern von Einem Vater.“

4) Ebenda §. 52: „Unter sich selbst aber haben sie alle Rechte ehelicher Geschwister.“ Vergl. §. 57.

5) II, 1, §§. 625, 626.

Die Theilung erfolgt nach den Grundsätzen, wonach in der Zweiten Klasse verfahren wird (§. 103, Nr. II).

Mit der Accrescenz verhält es sich ähnlich wie in der Zweiten Klasse; fallen die Geschwister und hier successionsfähige Abkömmlinge von ihnen ganz aus, so giebt es keine Dritte Klasse, vielmehr kommt die Vierte Klasse zur Succession und in dieser treten der hinterbliebene Ehegatte und die illegitimen Kinder des Erblassers gleichfalls wieder als Konkurrenten neben den rechtmäßigen Blutsverwandten auf.

## §. 106.

### In der Vierten Klasse.

A. L.R. Th. II, Tit. 2, §§. 492—499; Tit. 3, §§. 41—45.

I. In dieser Klasse sind folgende Personen berufen:

1. Die Großeltern und alle entfernteren Ascendenten väterlicher und mütterlicher Seits nach der Nähe des Grades; der dem Grade nach Nähere schließt allemal den Entfernteren aus; mehrere gleich Nahe erben die auf die aufsteigende Linie fallende Erbportion zu gleichen Theilen [1]). In der aufsteigenden Linie darf sich jedoch kein Zwischenglied finden, welches nicht von rechtmäßiger Abstammung wäre; ein solches Mittelglied unterbricht die Linie. Z. B. die in einer putativen Ehe lebenden Eltern beerben ihr Kind; sterben sie aber mit Hinterlassung von Eltern vor ihrem Kinde, so beerben die Großeltern den Enkel nicht, weil die aus einer solchen Ehe entsprossenen Kinder nicht in die Familien ihrer Eltern treten [2]). Eben so succedirt die Mutter ihrem unehelichen Kinde und dessen ehelichen Kindern, die legitimen Eltern der Mutter beerben aber ihren unehelichen Enkel von der rechtmäßigen Tochter und dessen Abkömmlinge nicht.

2. Die halbbürtigen Geschwister des Erblasses und deren legitime oder den legitimen gleichgeachtete Kinder ohne Unterschied des Grades, so wie in der vorigen Klasse [3]). Zu den halbbürtigen Geschwistern des Erblassers gehören:

a) Die ehelichen Geschwister, welche mit dem Erblasser nur Einen der Eltern, also entweder nur den Vater (consanguinei) oder nur die Mutter (uterini) gemeinsam haben [4]); zwischen Beiden ist der Regel nach kein Unterschied, auch kommt darauf nichts an: ob das Vermögen des Erblassers demselben von der väterlichen oder

---

1) II, 2, §§. 493, 497, 498.

2) Ebenda §§. 51, 57.

3) Ebenda §§. 41, 42.

4) II, 3, §. 5.

von der mütterlichen Seite zugefallen sei [5]), eine Anordnung, durch welche das s. g. Fallrecht (jus revolutionis s. recadentiae) oder das germanische Prinzip paterna paternis, materna maternis [6]) abgelehnt ist.

b) Die unehelichen Kinder der unehelichen Mutter des Erblassers, mögen sie alle von einem gemeinschaftlichen Vater oder von verschiedenen Männern erzeugt sein; ist der Erblasser ehelich geboren oder durch nachfolgende Ehe seiner Mutter mit seinem unehelichen Vater legitimirt worden, so sind die übrigen unehelichen Kinder seiner Mutter von einem anderen Vater nicht mehr seine erbfähigen Halbgeschwister, das bis zu seiner Legitimation bestandene Verwandtschaftsband zwischen ihm und seinen unehelichen Geschwistern ist nun zerrissen [7]).

c) Die Kinder, welche die Mutter des Erblassers von dem Vater desselben in einer Ehe zur linken Hand geboren hat (§. 86, Nr. 2).

3. Der hinterbliebene Ehegatte des Erblassers, und zwar hier ebenfalls, wie in der vorigen Klasse, auf Ein Drittel den Ascendenten, Geschwistern und deren Kindern ersten Grades gegenüber, und auf die Hälfte den entfernteren Abkömmlingen der Geschwister gegenüber (§. 104).

4. Kinder aus einer Ehe zur linken Hand, wie in der vorigen Klasse, auf die Hälfte, beziehungsweise Ein Drittel, und wenn dergleichen nicht vorhanden sind, uneheliche Kinder des väterlichen Erblassers auf Ein Sechstel.

II. Bei der Theilung wird zuerst die Portion des Ehegatten vorweg genommen, demnächst wird von dem Reste das Drittel resp. die Hälfte der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand, oder das Sechstel der unehelichen Kinder berechnet und davon genommen und von dem, was übrig bleibt, fällt die eine Hälfte den Ascendenten und die andere den Halbgeschwistern und deren Descendenten jedes Grades zu; mehrere gleich nahe Ascendenten theilen nach Köpfen [8]). Auch bei der Erbfolge in aufsteigender Linie und bei der Theilung des Nachlasses unter väterlichen und mütterlichen Ascendenten, macht

5) II, 2, §§. 43, 44. Ausnahmen: II, 4, §. 162; I, 18, §. 381.

6) Geschichte bei Fischer, Erbfolgegeschichte der Seitenverwandten, S. 1 flg., 22 flg., 36, 77 ff. — Auch in Preußen galt dieses Recht nach dem Landrecht von 1721, §. 6, Buch V, Tit. 12, Art. 3. Dieses Landrecht ist seit 1865 überall, wo es bis dahin noch als Provinzialrecht in Geltung war, aufgehoben.

7) II, 3, §§. 6 u. 8. — Vergl. m. Anm. 1, Abs. 2 u. Anm. 1a dazu.

8) II, 2, §§. 494, 497, 498. — Vergl. oben, §. 103, II, Abs. 2.

es keinen Unterschied: woher und von welcher Seite das Vermögen des Erblassers gekommen ist [9]).

III. Kann oder will von den mehreren gleich nahen Ascendenten der Eine oder Andere nicht Erbe sein, so fällt sein Theil nicht an den in seiner Linie etwa noch Entfernteren, sondern wächst dem anderen gleich nahen Ascendenten zu; erst wenn auch dieser das Erbe ausschlägt, succediren die etwa noch vorhandenen Entfernteren. Fallen alle Ascendenten aus, so accrescirt die den Ascendenten beschieden gewesene Hälfte den Halbgeschwistern und deren Descendenten; eben so accrescirt umgekehrt die den Kollateralen zufallende Hälfte, wenn sie solche ablehnen, den Ascendenten [10]). Wenn von beiden Linien Keiner Erbe werden kann oder will, so fällt die ganze Klasse weg und es gelangt die folgende Klasse zur Succession.

## §. 107.

### In der Fünften Klasse.

A. L.R. Th. II, Tit. 3, §§. 46—53.

Hier werden zur Succession gerufen:

1. Alle übrigen Seitenverwandten, welche von dem Erblasser nicht weiter als im sechsten, voller oder halber Geburt, entfernt sind [1]), und zwar alle nacheinander, nach der Nähe des Grades ihrer Verwandtschaft, mehrere Gleichnahe zusammen in capita; der Nähere schließt den Entfernteren unbedingt aus [2]); ein Repräsentationsrecht findet hier überall nicht statt; Eltern, die vor dem Erblasser verstorben sind, verfällen dabei niemals ihr Erbrecht auf ihre Kinder [3]), und es macht keinen Unterschied: ob die Seitenverwandten von des Vaters oder von der Mutter Seite mit dem Erblasser verbunden und von welcher Seite das Vermögen desselben herkommt [4]). Alle Zwischenpersonen, durch welche die Verwandtschaft eines Prätendenten mit dem Erblasser vermittelt wird, müssen ehelich geboren oder den ehelich Geborenen durch Legitimation gleichgestellt worden sein, mit einziger Ausnahme der Kinder, welche eine Frau in einer Ehe zur linken Hand geboren hat, und deren ehelichen Descendenten;

---

9) Ebenda §. 499. S. oben Anm. 6.

10) Ebenda §§. 493, 494, 495.

1) II, 1, §. 622.

2) II, 3, §§. 47, 48, 49, 51.

3) Ebenda §. 50.

4) Ebenda §. 52. — Das Fallrecht gilt überall nicht. Vergl. Pr. des Obertr. 830, vom 25. Februar 1840 (Präj.-Samml. I, S. 170 u. in m. Anm. 5 zu §. 499, II, 2).

denn solche Kinder und deren eheliche Abkömmlinge treten in die Familie ihrer Mutter resp. Großmutter und beerben daher die mütterlichen Verwandten, und diese Jene, eben so, als wenn sie aus einer Ehe zur rechten Hand abstammten [5]).

2. Der überlebende Ehegatte auf die Hälfte der Erbschaft [6]).

3. Kinder aus einer Ehe zur linken Hand, und, wenn deren nicht vorhanden sind, uneheliche Kinder des väterlichen Erblassers, alles wie in den vorhergehenden Klassen.

Sind keine Seitenverwandten des Erblassers innerhalb des sechsten Grades vorhanden, oder fallen sie alle aus, so gelangt die folgende Klasse zur Erbfolge.

## §. 108.
### In der Sechsten Klasse.

Diese Klasse kann nur vorkommen bei der Succession in den Nachlaß eines Mannes, welcher Kinder aus einer Ehe zur linken Hand und eine rechtmäßige Wittwe hinterläßt (§. 96). Diese hier berufenen Personen sind in solchem Falle wahre Universalerben, so daß unter ihnen das Accrescenzrecht gilt. Die Wittwe erhält die Hälfte und die genannten Kinder zusammen erhalten die andere Hälfte der Erbschaft. Kann oder will die Wittwe nicht Erbe sein, so accrescirt ihre Hälfte den Kindern und diese sind nun allein volle gesetzliche Universalerben ihres Vaters in den eigenthümlichen freien Nachlaß desselben [7]). Wird umgekehrt keins der Kinder oder dessen Descendenten Erbe des Vaters; so können uneheliche Kinder desselben auf ein Sechstel des Nachlasses mit der Wittwe konkurriren, aber dann geht diese Klasse in der folgenden Klasse, wo nicht bloß die Wittwe, sondern der hinterbliebene Ehegatte berufen ist, auf.

## §. 109.
### In der Siebenten Klasse.

In dieser Klasse ist eine einzige Person, nämlich der hinterbliebene Ehegatte, zum alleinigen Universalerben berufen [8]), doch können neben der Wittwe uneheliche Kinder des Erblassers mit ihrem Sechstel, wie in den vorigen Klassen, konkurriren.

---

5) II, 2, §§. 560, 587.
6) II, 1, §. 626.
7) II, 2, §§. 582 u. 584. Vergl. m. Anm. 9 zu §. 582.
8) II, 1, §§. 627, 647.

## §. 110.
### In der Achten Klasse.

Alle entfernten, d. h. nicht innerhalb des sechsten Grades mit dem Erblasser verbundenen, Verwandten werden hier hintereinander zu Erben berufen, nach denselben Grundsätzen, wie die nahen Seitenverwandten in der fünften Klasse (§. 106). Neben ihnen konkurriren uneheliche Kinder, wie in den vorigen Klassen; deren Sechstel wird vorweg genommen, nach Abzug der Schulden.

## §. 111.
### In der Neunten Klasse.

Zuletzt gelangen die Heimathsgenossenschaften nach einander, je nach der Nähe ihrer Beziehung zu dem Erblasser, zur Erbfolge. In erster Reihe wird also die mit dem Erbrechte privilegirte öffentliche Armen-Verpflegungs-Anstalt stehen; demnächst wird die Ortsgemeinde, in welcher der Erblasser einheimisch gewesen und gestorben ist, falls sie erbfähig, eintreten; endlich wird die Staatsgesellschaft (der Fiskus) berufen. Treffen mehrere Gleichberechtigte zusammen, namentlich mehrere Fiskus verschiedener Länder, so theilen sie nach den schon oben (§. 97) vorgetragenen Grundsätzen. — Eine Ausnahme, aber nur in dieser Klasse, macht der socius liberalitatis regiae. Wenn der Landesherr eine Sache oder ein Recht Mehreren gemeinschaftlich verliehen hat und die Begünstigten in der Gemeinschaft geblieben sind; so wächst bei dem erblosen Abgange des Einen von ihnen der Antheil desselben den übrigen zu [9]). — Uneheliche Kinder des männlichen Erblassers konkurriren, wenn deren vorhanden sind, mit ihrem Sechstel auch in dieser Klasse. Sind mehrere gleichberechtigte fiskalische Erben vorhanden, welche die in ihrem Gebiete liegenden Bestandtheile der Erbschaft als ihnen gebührende Erbtheile nehmen (§. 97), so muß die Portion der unehelichen Kinder nach dem Grundsatze aufgebracht werden, nach welchem die Miterben zur Berichtigung der Erbschaftsschulden beitragen.

## IV. Von der mittelbaren (indirekten) Erbfolge.

## §. 112.
### Ueberſicht.

Neben der dargestellten direkten und universellen Erbfolge giebt

9) II, 16, §. 23, übertragen aus der L. un. C. si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit (X, 14).

es noch eine mittelbare nicht allein eine letztwillige durch Fideikommisse und Vermächtnisse, sondern auch eine singuläre Intestatfolge. Der Vortrag in dieser Abtheilung wird sich zuerst mit der Intestaterbfolge und demnächst mit der letztwilligen beschäftigen.

I. Die Fälle der mittelbaren Intestaterbfolge sind durchgängig Singularsuccessionen. Der Hauptfall ist die Lehnfolge. Diese kann verständlich und umfassend nur im Zusammenhange mit dem Lehnrechte selbst dargestellt werden. Dieses ist aber ein selbstständiges Spezialrecht, welches im Erbrechte keine Stelle hat und daher übergangen werden muß. Ein zweiter Fall ist die Intestatsuccession in zur Kultur ausgesetzte Grundstücke [1]), Erbzins [2]) und Erbpacht [3]). Diese Besitzformen sind durch die neue Gesetzgebung ganz unterdrückt, es ist seitdem bei erblicher Ueberlassung eines Grundstückes nur die Uebertragung des vollen Eigenthums zulässig und die vorhandenen Besitzungen dieser Art werden allmählich in volles und freies Eigenthum umgewandelt [4]). Damit fällt auch die Intestatsuccession in diesen Instituten germanischen Ursprungs hier aus. Es bleibt demnach nur noch die Succession in Gerade und Heergeräth stehen, an welche sich die landrechtlichen Singularsuccessionen anschließen.

II. Die auf Verordnungen von Todeswegen beruhenden mittelbaren Successionen sind das Universalfideikommiß, die Singularvermächtnisse, die Schenkung von Todeswegen. Diese Institute werden nach einander Gegenstand der Darstellung in dieser Abtheilung sein.

## A. Von der gesetzlichen Singularsuccession nach Partikularrechten und dem gemeinen Landrechte.

A. L.R. Th. II, Tit. 1, §§. 502—539.

### §. 113.

#### 1. Succession in Niftel (Niftelgerade).

Hier ist nicht von der Gerade, Frauengerade, Witwengerade oder vollen Gerade, welche die Wittwe aus dem Nachlasse ihres verstorbenen Mannes nimmt (§. 95, A, Nr. I, 3), sondern nur von der Niftel oder Niftelgerade (§. 95, B, Nr. 1) die Rede. Eine Succession in dieselbe kann nur partikularrechtlich stattfinden [1]).

---

1) A. L.R. I, 21, §§. 634—646.

2) Ebenda I, 18, Abschn. 2, §§. 680 u. flg.

3) Ebenda I, 21, §§. 187 ff.

4) Ges. vom 2. März 1850, §. 91 (G.S. S. 77).

1) II, 1, §. 502 u. m. Anm. 38 dazu.

1. „Niftel verläßt eine Frauensperson"; ob sie verheirathet oder unverheirathet war, wird nicht unterschieden [2]). Ob hinsichtlich der Fähigkeit, Niftel zu hinterlassen, besondere Eigenschaften erforderlich sind oder vorausgesetzt werden, ist aus dem zur Anwendung kommenden Partikularrecht festzustellen; dieses soll genau nach den Worten angewendet werden [3]).

2. In Betreff der Successionsfähigkeit in Niftel gilt der allgemeine Grundsatz: „Wer Niftel zu verlassen nicht fähig ist, der kann auch dergleichen von Anderen nicht ziehen [4])." Wem solche Fähigkeit mangele, wird nicht gesagt und muß daher aus dem Statut entnommen werden (Nr. 1). Eine Ausnahme machen jedoch die katholischen Kanonici (unten Nr. 5). Insbesondere aber sind nur erbfähig:

a) Personen weiblichen Geschlechts, welche mit der Erblasserin durch Weiber verwandt sind. Der Nähere schließt den dem Grade nach Entfernteren aus; mehrere Verwandtinnen von gleichem Grade erhalten die Niftel zu gleichen Theilen [5]). Seitenverwandtinnen, die durch Männer mit der Erblasserin verbunden, sind also ausgeschlossen.

b) Katholische Kanonici, welche von der Erblasserin durch Weiber in der absteigenden Linie abstammen [6]).

3. Die Erbfähigen gelangen in folgender Ordnung zur Succession: Zuerst die ehelichen Töchter, ohne Zweifel auch die ehelichen Söhne, wenn sie katholische Kanonici sind, mit den Töchtern zugleich. Demnächst, wenn deren nicht vorhanden, die unehelichen Töchter und die bezeichneten unehelichen Söhne; endlich die Seitenverwandtinnen hintereinander nach der Nähe des Grades, die Verwandtschaft durch uneheliche Geburt in der Seitenlinie giebt keinen Anspruch auf die Niftel [7]). Ohne Zweifel haben wol auch die unehelichen Descendentinnen weiterer Grade kein Successionsrecht; ob jedoch die entfernteren ehelichen Descendentinnen die uneheliche Tochter und den unehelichen geistlichen Sohn ersten Grades ausschließen sollen, kann in Frage kommen. Nach dem Wortlaut ist es zu ver-

2) Ebenda §. 509. — Vergl. Sachs.-Spiegel, B. I, Art. 27. — Stryk, Succ. ab intestato, Diss. I, cap. 4, §§. 10, 11.

3) A. L.R. a. a. O. §. 537. — Vergl. m. Anm. 51 dazu.

4) Ebenda §. 518.

5) Ebenda §§. 509, 510.

6) II, 11, §. 1141.

7) II, 1, §§. 509—512.

neinen und eine anologe Anwendung von Ausnahmebestimmungen ist unzulässig; eine auf Willkühr gegründete Ausnahmebestimmung ist aber die Anordnung, daß die eheliche Tochter die uneheliche derselben Mutter von der Erbfolge in den Nachlaß der Mutter ausschließen soll. Auch stellt sich die Frage: ob überhaupt in der absteigenden Linie der im Grade Nähere den Entfernteren ausschließe, mithin auch kein Repräsentationsrecht stattfinde. Nach den Worten: „Niftel verläßt eine Frauensperson derjenigen — —, welche mit ihr — am nächsten verwandt ist," und: „sind mehrere Verwandtinnen von gleichem Grade vorhanden, so erhalten dieselben die Niftel zu gleichen Theilen[8])," ist die Frage zu bejahen, es wird kein Unterschied zwischen der absteigenden und der Seitenlinie gemacht.

4. Successio graduum findet hier nicht statt; können oder dürfen Niftel dem dazu zunächst Berufenen nicht verabfolgt werden, so fallen sie nicht dem Nächsten nach ihm an, sondern bleiben in dem Nachlasse; bei mehreren zugleich Berufenen wächst jedoch der Antheil der aus einem oder dem anderen Grunde von der Niftel Ausgeschlossenen den Uebrigen zu[9]); der ehemalige Anfall der Niftel an den Fiskus in Ermangelung von Nifterlerben ist aufgehoben[9a]).

5. Besondere Ausschließungsgründe sind: a) Unfähigkeit, Niftel zu hinterlassen (4). Selbstverständlich findet der Satz auf die in der absteigenden Linie ausdrücklich berufenen katholischen Kanoniker (Nr. 2, lit. b) nicht Anwendung, weil sie kein Weibergut in ihrem Vermögen führen. b) Ein Retorsionsrecht. Wer in einem Lande, in einer Provinz, oder an einem Orte wohnt, wo keine Niftel gegeben wird, oder wo nicht alle hier dazu gezählten Stücke darin begriffen sind, Dem werden Niftel oder die betreffenden Stücke nicht verabfolgt, wenn er sonst auch dazu berechtigt wäre[10]).

6. Diejenigen, welchen Niftel zukömmt, müssen sich binnen einem Jahre präklusivischer Frist nach dem ihnen bekannt gewordenen Anfalle „zur Ausübung ihres Rechts" melden[11]), wo? wird nicht gesagt, aber jedenfalls bei dem Erben oder dessen Rechtsvertreter, oder, wenn der Erbe nicht bekannt ist, bei dem Erbschaftsrichter. Der Meldung muß die Bedeutung der Erbschaftsantretung, im gemeinrechtlichen Sinne der Erwerbung des Successionsrechts,

---

8) Ebenda §§. 509, 510.

9) Ebenda §§. 520, 521.

9a) K.O. vom 21. Juni 1805 (Rabe, Samml., Bd. VIII, S. 310).

10) A. L.R. a. a. O. §. 519.

11) Ebenda §. 517.

beigelegt werden, so daß die Versäumung als stillschweigende Ausschlagung wirkt und die „Jahresfrist" als Ueberlegungsfrist anzusehen ist. Andere[12]) erblicken darin eine wirkliche Verjährung. — Das Eigenthum der einzelnen Bestandtheile kann erst durch Besitzergreifung (Uebergabe) erworben werden, bis dahin bleibt der Erbe Eigenthümer derselben. Anders bei der Wittwengerade; denn die Wittwe war schon bei Lebzeiten des Mannes im unmittelbaren Besitze und behält denselben zum Voraus neben ihrer Erbportion.

7. Die Erblasserin kann über Niftel nicht von Todeswegen, wohl aber unter Lebenden verfügen und im letzteren Falle tritt das Kaufgeld oder dessen Werth nicht an die Stelle des Veräußerten; ist das Vermögen durch Schulden erschöpft, so findet Niftel nicht statt[13]); soweit es daher zur Bezahlung der Schulden erforderlich ist, muß das Empfangene auf Anspruch der Gläubiger wieder zurückgegeben werden. In den Pflichttheil werden Niftel nicht eingerechnet[14]), auch braucht der Niftelerbe von der Niftel dem Notherben den Pflichttheil nicht zu ergänzen.

## §. 114.

### 2. Succession in Heergeräth.

Heergeräthe (§. 95, A, Nr. II) verläßt nur eine Person männlichen Geschlechts, welche nicht als katholischer oder evangelischer Geistlicher in einem wirklichen Kirchenamte steht; bloße Mitglieder geistlicher Ritterorden, welche nicht zu Priestern geweiht worden, sind fähig, Heergeräthe zu hinterlassen[1]).

Zur Succession in dasselbe sind berufen die nächsten männlichen Anverwandten des Erblassers von männlicher Seite und durch Männer mit ihm verbunden, vorausgesetzt, daß sie nicht dem katholischen Priesterstande oder dem evangelischen Predigerstande angehören und als solche in einem wirklichen Kirchenamte stehen[2]), auch die Verwandtschaft durch kein unehelich geborenes Zwischenglied geht, dieses müßte denn durch nachfolgende Ehe zwischen seinen Eltern legitimirt worden sein.

---

12) Witte a. a. O. S. 217 sieht darin eine Verjährungsfrist, so daß also der Lauf der Frist auch würde unterbrochen werden können. Das Gesetz nennt sie „Jahresfrist". Auch der Gesetzrevisor hält die Frist für eine Verjährungsfrist. (Pensum XVI, S. 249.)

13) A. L.R. a. a. O. §§. 513—516, 523.

14) II, 2, §. 497. — Ist nach gemeinem Rechte streitig. Glück, Kommentar, Bd. VII, S. 107.

1) II, 1, §§. 503, 506, 507.

2) Ebenda §§. 503, 506.

Mehrere gleich nahe Anverwandten theilen nicht wie bei der Niftel, vielmehr nimmt immer nur Einer das Ganze, wegen der Untheilbarkeit der Kriegsrüstung, und zwar in erster Reihe derjenige, welcher in Kriegsdiensten des Staats steht; dann in zweiter Reihe bei sonst gleichen Verhältnissen, also z. B., wenn Alle oder Keiner in vaterländischen Kriegsdiensten sich befinden, der den Jahren nach Aeltere [3]); läßt sich auch hiernach der Vorzug nicht bestimmen, z. B. bei Zwillingen, bei deren Geburt die Folge nicht festgestellt worden ist: so kann nur das Loos in der Art angewendet, daß der Treffer das Ganze erhält und die Niete durchfällt [4]), entscheiden.

Im Uebrigen gelten hier die gleichen Grundsätze, welche bei der Erbfolge in Niftel zur Anwendung kommen (§. 113, Nr. 3—7), gerade zu oder analogisch.

## §. 115.

### 3. Landrechtliche Singularsuccessionen ab intestato.

I. Außer den gedachten beiden partikularrechtlichen Fällen der Singularfolge (§. 113 u. 114), und der schon früher erwähnten partikularrechtlichen Wittwengerade sammt dem Mußtheil (§. 95, A, Nr. I, 3), kennt auch das gemeine preußische Recht eine Anzahl ähnlicher Successionen in einzelne Stücke oder Summen, deren schon bei den verschiedenen Gelegenheiten Erwähnung geschehen ist, welche hier aber, der Uebersicht wegen, noch zusammen gestellt werden. Solche sind folgende:

1. Der Voraus des überlebenden Ehegatten a) bei der gemeinen landrechtlichen Erbfolge (§. 95, lit. C); b) bei allgemeiner Gütergemeinschaft (§. 94, Nr. II, A, 4, lit. b); c) bei der communio acquaestus (§. 94, lit. C).

2. Der Voraus der Kinder, im Falle abgefundene und unabgefundene mit dem hinterbliebenen Ehegatten konkurriren (§. 94, II, A, 4, b, bb).

3. Der Voraus der ehelichen Kinder der Erblasserin, im Falle sie mit unehelichen derselben konkurriren (§. 101, III, Nr. 1).

4. Der Voraus der Vorkinder bei der Einkindschaft (§. 87, Nr. II u. §. 101, III, Nr. 2). Dieser Voraus soll wenigstens die Hälfte des Vermögens betragen, welches von den aussetzenden Eltern in die neue Ehe gebracht wird [4a]). Allein diese Vorschrift ist

---

3) Ebenda §§. 504, 505.

4) I, 11, §. 569 u. m. Anmerkungen 24 u. 25 dazu.

4a) II, 2, §§. 725, 726.

nur instruktiver Natur für die Vormundschaftsbehörde, welche darauf zu sehen hat, daß das Beste der Pflegebefohlenen durch die Einkindschaft befördert und die Verletzung des Pflichttheils sowohl der Vorkinder als der etwaigen Nachkinder verhütet werde [5]). Das hat auch die Praxis in letzter Instanz dahin festgestellt, daß diese Vorschrift nicht sub poena nullitatis des Einkindschaftsvertrages gegeben sei [6]). Der Voraus hat die rechtliche Natur eines Prälegats, ist also nur eine Zuwendung von Todeswegen, und daher keineswegs als ein schon erworbenes gegenwärtiges Recht in bonis der Vorkinder [7]); doch aber eine vertragsmäßige Zuwendung, welche, gleich dem Pflichttheile, aber auch nur wie dieser, der testamentarischen Verfügung des Parens entzogen ist [8]). Eine rechtliche Folge dieser Eigenschaft des Voraus ist es, daß, wenn mehreren Vorkindern des einen Ehetheils zusammen eine Quote des von ihm eingebrachten Vermögens ausgesetzt ist und eins davon vor seinem leiblichen Parens stirbt, dessen Antheil den Uebrigen accrescirt, gleich wie bei einem mehreren Erben gemeinschaftlich beschiedenen Vorvermächtniß. Haben die Vorkinder ihren leiblichen Parens beerbt, so ist der Voraus mit ihrem übrigen Vermögen, welches ihnen von demselben (nicht anderwärts her) zugefallen ist, dergestallt verschmolzen, daß, wenn eins von ihnen stirbt, die überlebenden Geschwister von dem Stiefparens davon ausgeschlossen werden.

In Frage ist gestellt: ob die Vorkinder bei Beerbung ihrer Eltern den ihnen bestimmten Voraus sich in den Pflichttheil einrechnen lassen müssen. Witte [9]) hält dies für unbedenklich in Beziehung auf den leiblichen Parens, weil dieser ja durch Aussetzung des Voraus eben die damaligen Pflichttheilsansprüche seiner leiblichen Vor-

---

5) Gutachten der Gesetzkommission vom 1. September 1801 (Rabe, Sammlung, Bd. VI, S. 580); Anh. z. A. L.R. (II, 2, §. 719) §. 103.

6) Pr. des Obertr. 414, vom 29. Januar 1838 (Präj.-Samml. I, S. 174). Der Rechtsfall ist im Ulrich'schen Archiv, Bd. VIII, S. 558 mitgetheilt. Jenes Gutachten (Note 5) sagt geradezu: „daß dem Gerichte, welches den Einkindschaftsvertrag aufnehmen oder als vormundschaftliche Behörde bestätigen soll, nicht zur Pflicht gemacht werden könne, auf die Aussetzung der Hälfte des Vermögens — — zu dringen, sondern es genug sei, wenn dabei nur überhaupt auf das Beste der Pflegebefohlenen Rücksicht genommen wird."

7) Witte a. a. O. §. 36 beweist dieses gegen Bielitz und Strombeck. Diese können aber nicht als Gegner gelten, weil sie in einem Zuge dem Voraus beiderlei Natur beilegen, und somit sich selbst widersprechen. Das Obertr. bezeichnet diesen Voraus als „praecipuum" in dem Pr. 1176, vom 15. August 1842 (Präj.-Samml. I, S. 293).

8) II, 2, §. 747, 748, verb. mit §. 749.

9) Intestaterbrecht, §. 36, S. 133, Nr. 2.

kinder befriedigt, und nur, wenn sein Vermögen sich später vergrößert hat, sich jene Pflichttheilsansprüche verhältnißmäßig erhöhen, aber ein Anspruch auf einen doppelten Pflichttheil seiner Kinder durch die Einkindschaft nicht begründet wird. Das ist richtig, der Parens schließt ja mit seinen Kindern — abgesehen von der Aussetzung jenes Voraus — in keiner Beziehung einen Erbvertrag; die Erbrechte derselben in seinen Nachlaß bleiben unverändert dieselben wie sie vorher waren. Aber er will dieses nur auf das etwa ausbedungene Reservat beschränken, so als wenn der Parens mit seinen eigenen Kindern einen Erbvertrag geschlossen hätte. Das ist nicht anzuerkennen. Die Ausbedingung des Reservats geschieht den ihm zugebrachten Stiefkindern gegenüber; seinen leiblichen Kindern gegenüber hat er nicht nöthig, sich eine freie Verfügung über sein Vermögen von Todeswegen, soweit er dadurch seine Kinder im Pflichttheile nicht verletzt, vorzubehalten; mit ihnen schließt er keinen Erbvertrag durch Stiftung der Einkindschaft. — Zweifelhaft aber ist die Frage: ob der andere Ehetheil berechtigt sei, seine durch Einkindschaft mit ihm verbundenen Stiefkinder, statt es bei der Intestaterbfolge zu belassen, auf den Pflichttheil zu setzen. Dieses ist in einem Falle, welcher von den Instanzgerichten widersprechend entschieden worden war, in letzter Instanz verneint worden. Die Frage ist bereits oben (§. 87, Nr. II) näher erörtert[10]).

Daß im Falle der Intestaterbfolge der unirten Kinder in den Nachlaß der Eltern keine Ausgleichung der Nachkinder mit den Vorkindern wegen des den Letzteren ausgesetzten Voraus stattfinde, ist ausdrücklich vorgeschrieben[11]), es ist mithin dagegen, daß in Folge dessen die Vorkinder ihren Parens wirklich doppelt beerben, weiter nichts zu sagen. Wie es aber in dem Falle, wo alle Kinder auf den Pflichttheil gesetzt worden sind, mit dem Voraus, der doch den Pflichttheil von dem Vermögen zur Zeit der Errichtung der Einkindschaft repräsentiren soll, bei der Berechnung jenes Pflichttheils zu halten sei, ob nämlich derselbe von dem ganzen Nachlasse zu berechnen, oder ob der Voraus vorweg abzuziehen sei, ist unbestimmt geblieben. Wird der Voraus, nach Analogie jener Vorschrift([11]), vorweg genommen, so erhält das Vorkind in der That wieder einen doppelten

---

10) In m. Beurtheilung der ersten zehn Bände der Entscheidungen des Obertr., S. 80, habe ich der Entsch. des Obertribunals beigestimmt. Davon bin ich jedoch in meinem Kommentar z. A. L.R. bei wiederholter Prüfung der Frage zurückgekommen. Vergl. oben, §. 87, No. II.

11) II, 2, §§. 737 — 739.

Pflichttheil. Gesetzt ein Mann, welcher ein Kind aus seiner vorigen Ehe hat, heirathet eine kinderlose Frau, und setzt seinem Kinde bei Errichtung der Einkindschaft einen Voraus von 1000 Thlr. von seinem 3000 Thlr. betragenden Vermögen aus. Er erzeugt in dieser Ehe 4 Kinder und stirbt dann mit Hinterlassung eines Vermögens von 6000 Thlr., hat aber alle 5 Kinder auf den Pflichttheil gesetzt. Nun würde das Vorkind zuerst den Voraus nehmen und dann noch von den übrigen 5000 Thlr. den gleichen Pflichttheil, wie seine 4 Geschwister, nehmen: ein Resultat, welches unannehmbar ist. Das allein Richtige ist die Anrechnung des Voraus auf den Pflichttheil.

Schließt der überlebende Ehegatte, welcher bereits seinen Vorkindern aus erster Ehe einen Voraus ausgesetzt und auch aus der zweiten Ehe Kinder hat, eine dritte Ehe mit Einkindschaft; so muß er auch den Vorkindern aus der zweiten Ehe einen Voraus aussetzen. Daß auf diesen Fall die Anwendung der Vorschrift, dieser Voraus müsse wenigstens die Hälfte seines Vermögens, welches er in die neue Ehe bringt, betragen (4 a), widersinnig sein würde, zumal wenn das Vermögen sich nicht vermehrt hätte, fällt in die Augen; denn dann würde für die Nachkinder der dritten Ehe gar nichts übrig bleiben, wenn schon den Vorkindern der ersten Ehe die Hälfte als Voraus verschrieben worden wäre. Es kommt daher lediglich auf das pflichtmäßige Ermessen der Vormundschaftsbehörde bei der Prüfung des Einkindschaftsvertrages an, den Voraus nach Maßgabe der Vermögensangabe des Parens [12]), mit Rücksicht auf das Beste der Pflegebefohlenen und der in der neuen Ehe etwa noch zu erwartenden Nachkinder, deren künftiger Pflichttheil ebenfalls ins Auge gefaßt werden muß, zu bestimmen. Im Allgemeinen läßt sich darüber etwas bestimmtes gar nicht sagen. Es fällt dabei sowohl das Alter der Frau als die Zahl der Vorkinder des anderen Ehetheils ins Gewicht.

5. Das Sechstheil der anerkannten unehelichen Kinder des väterlichen Erblassers, gleichviel, ob ihr Vater sie mit derselben Mutter, oder mit verschiedenen Müttern erzeugt hat. Dieses Singularerbrecht wächst niemals zu einer größeren Portion oder gar bis zum Ganzen an, es beschränkt sich auf diese certa pars, selbst wenn der Fiskus Erbe wird. Dasselbe ist dem, der Konkubine gemeinschaftlich mit ihren Kindern, in Ermangelung legitimer Abkömmlinge des Erblassers, von Justinian beigelegten Erbrechte auf ein Sechstheil des

12) Ebenda §. 727.

Nachlasses [13]) nachgebildet, aber nicht auch auf die uneheliche Mutter übertragen, was sich auch auf mehrere Geschwächten schwerlich würde haben ausführen lassen; denn jenes Erbrecht der römischen Konkubine setzt eine Monogamie voraus. Ueber die alternative Natur dieses Erbanspruchs, so wie über die Berechnung des Sechstheils und dessen Vertheilung unter mehrere uneheliche, theils schon erzogene theils noch unerzogene, Kinder ist das Erforderliche schon gesagt (§. 104, I, Nr. 4 u. II).

Die noch erforderliche Verpflegung der unehelichen Kinder, so wie die Ausstattungs- und Erziehungskosten der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand sind keine erbrechtlichen Vortheile, sondern eine Schuld des väterlichen Erblassers [14]).

6. Das Anwachsrecht des socius regiae liberalitatis (oben, §. 111).

II. Alle diese Successionen in einzelne Stücke oder Summen sind überall nicht als Erbrecht, sondern nur als Singularfolgen zu betrachten, von welchen ein Beitrag zur Berichtigung der Schulden nur in soweit, als der übrige Nachlaß dazu nicht hinreicht, gefordert werden kann [15]).

## B. Von den mittelbaren Folgen aus Verordnungen von Todeswegen.

### Erster Abschnitt.
### Von dem Universal-Fideikommiß.

#### §. 116.
#### 1. Begriff.

I. Fideikommiß nannten die Römer ein formloses und daher civilrechtlich unkräftiges Vermächtniß, dessen Entrichtung der Treue und Ehre des Erben anvertraut war [1]). Man bediente sich dieser Anrufung der Treue und Redlichkeit des Erben in Form einer Bitte („rogo, mando, fidei committo, peto, volo et similia verba") [2]), wenn man einer Person etwas von Todeswegen zuwenden wollte, der man durch ein förmliches Testament oder Kodizill nichts hinter-

---

13) Nov. 89, cap. 12, §. 4.

14) II, 2, §§. 572—574 u. §§. 647—650. — G. vom 24. April 1854, §. 19 u. m. Anm. 33 dazu (im A. L.R. II, 1, Zus. zu §. 1119).

15) A. L.R. I, 12, §§. 332—334; II, 1, §§. 454 u. 630.

1) Ulpian, XXV, §. 1. — §. 1 Inst. de fideicommiss. hered. (II, 23).

2) Ulpian l. c. §. 2. — §. 3 Inst. de sing. rebus per fideicomm. rel. (II, 24).

lassen konnte (1). Später nahm der Prätor auch diese Vermächtnißform in Schutz (wozu der Kaiser August die erste Veranlassung gegeben haben soll 3)), doch nur durch eine extraordinaria cognitio 4). Justinian hob auch diesen prozessualischen Unterschied auf und stellte beide Arten der Vermächtnisse einander gleich, indem er beide Institute in eins verwandelte und bestimmte, daß jedes Vermächtniß, ohne Unterschied, ob es nach älterem Rechte als Legat oder als Fideikommiß anzusehen sei, so günstig für den Vermächtnißnehmer beurtheilt werden solle, wie es entweder nach dem Rechte der Legate oder dem der Fideikommisse geschehen könne 5). Der Gegenstand sowohl des älteren Legats wie des Fideikommisses konnten nicht allein einzelne Sachen oder Summen aus der Erbschaft (res singulae per legatum vel fideicommissum relictae), sondern auch die ganze Erbschaft oder eine Quote derselben (fideicommissaria hereditas) sein. Aber auch wenn der zweite Fall vorlag, konnte nach der Rechtsregel: codicillis hereditas dari non potest 6), die Succession doch nur eine Singularfolge sein, durch welche, auch nach heutigem Rechte noch, die zu dem Vermögen gehörenden Forderungen und Schulden gar nicht übertragen werden können; der unmittelbare Uebergang derselben aber ist das eigentliche Kennzeichen der Universalsuccession und des wahren Erben 7). Diese Wirkung wurde aber den fideikommissarischen Erbschaften zu Nero's Zeiten (54 — 68 n. Chr.) durch das S. C. Trebellianum beigelegt 8), und nun begründete die Restitution einer fideikommissarischen Erbschaft eine Universalsuccession, während vorher zur Uebertragung der einzelnen Erbstücke die Form des Kaufs, und in Betreff der Forderungen und Schulden Sicherstellung der Parteien durch Stipulationen von beiden Seiten geleistet werden mußte. Gajus 9) erzählt die Geschichte dieses Instituts so: „Olim autem (fideicommissarius) nec heredis loco erat, nec legatarii, sed potius emtoris. Tunc enim in usu erat, ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno

3) §. 1 Inst. de fideicommiss. heredit. (II, 23). — L. 1, §. 32 D. de orig. juris (I, 2).

4) Ulpian l. c. §. 12.

5) L. 1, L. 2 C. communia de legatis (VI, 43); §. 3 Inst. de legat. (III, 20).

6) L. 10 D. de jure codicillorum (XXIX, 7); L. 5, §. 1 C. de necess. serv. hered. instit. (VI, 27).

7) L. 37 D. de acquir. vel omitt. hereditate (XXIX, 2).

8) §. 4 Inst. de fideic. heredit. (II, 23); L. 1, §. 2 D. ad S. C. Trebellian. (XXXVI, 1).

9) Commentar. institut. II, §§. 252, 253.

eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes (inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur) inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur: ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi. — Sed posterioribus temporibus, Trebelliano Maximo et Annaeo Seneca Consulibus, SCtum factum est, quo cautum, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas, post quod SCtum desierunt illae cautiones in usu haberi. Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit: eaeque in edicto proponuntur." — Nun war es möglich, gegen jene Rechtsregel: „codicillis hereditas dari non potest", in einem Kodizille durch ein Universalfideikommiß auch eine Universalsuccession herbeizuführen; aber doch nur der materiellen Erbfolge nach. Denn der erste und eigentliche Erbe (Fiduziarius) blieb civilrechtlich Erbe auch nach der Restitution, der Fideikommissarius war nur quasi-heres, heredis loco, effectu quodammodo heres [10]) und mußte auf Umwegen, durch analoge Klagen und Exceptionen geschützt werden.

II. Nach dem heutigen Rechtsstande ist dieses Institut kein Bedürfniß; die römischen Rechtszustände, welche zur Befriedigung eines wirklichen praktischen Bedürfnisses, z. B. bei Lagen, in welchen alle Voraussetzungen zur Errichtung eines förmlichen Testamentes oder Kodizilles fehlten, den Erblasser zu einer Bitte an seinen Erben nöthigen, sind nicht mehr vorhanden, das Institut ist daher völlig entbehrlich, zumal das Landrecht die Formlosigkeit oder doch die erleichterte Form verworfen hat, wodurch vollends jeder praktische Unterschied verschwunden ist. Kommt es dem Erblasser

---

10) „Semel heres semper heres." Vergl. §. 3 Inst. l. c.; L. 5, §. 1 D. quod cum eo (XIV, 5). — In 68 pr. i. f. D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1) heißt es von ihm: „heredis vice fungitur."

darauf an, eine Person, die ihm lieber als der Erbe ist, zu bedenken, der er aber doch nicht sein Vermögen der Substanz nach hinterlassen, sondern nur in den Genuß der Nutzungen setzen will, so kann er das geradezu thun durch Zuwendung des Nießbrauchs. Das Landrecht ist so weit nicht gegangen, aber es hat doch die römische Rechtsauffassung und den römischen Begriff des Universalfideikommisses fallen lassen, was immerhin ein Vorschritt ist und überdies mit den allgemeinen Grundsätzen desselben über die Erbeseinsetzung ganz in Einklang steht. Die Errichtung eines Universalfideikommisses im Sinne des Allg. Landrechts ist nichts anderes als die Einsetzung mehrerer Testamentserben, nicht mit- oder nebeneinander, sondern nacheinander. Daher ist es folgerichtig, daß die fideikommissarische Substitution die gemeine Substitution in sich schließt[11]), d. h. wenn der Vorerbe (Fiduziar) die Erbschaft nicht annehmen kann oder will, so tritt der Fideikommissarerbe sofort als direkter Erbe ein. Selbstverständlich ist es, daß Mehrere sowohl zugleich als Fiduziarerben, wie auch als Fideikommissarerben ernannt werden können. Die Letzteren succediren demnach nicht dem Fiduziarerben, sondern dem Erblasser. Das Gesagte erhellet aus der Gleichstellung des fideikommissarischen Substituten mit dem gemeinen[12]); der gemeine Substitut ist ein wahrer wenn auch eventueller (bedingter) Erbe, also auch der Fideikommissarius, und daraus folgt, daß der Fideikommissarius, sobald der Fiduziarius nicht Erbe sein kann oder will, oder nach Maßgabe seiner Berufungsakte aufhört Erbe zu sein, ipso jure wahrer Erbe ist. (Vergl. unten, §. 118, Nr. II, Abs. 2.) Es folgt ferner, daß die Anordnung eines Universalfideikommisses, gleich jeder anderen Erbeseinsetzung, nur in der Form eines Testaments, ordentlichen oder privilegirten, geschehen kann, wodurch eben die erleichterte römische Form aufgegeben und die alte Rechtsregel: codicillis hereditas neque dari neque adimi potest[13]), wieder ausnahmslos geworden ist. — Ein Universal-Fideikommissarius im Sinne des Allg. Landrechts ist hiernach ein wahrer Universalerbe, welcher unter einer aufschiebenden Bedingung oder von einem gewissen Zeitpunkte an berufen ist, gleichviel, ob er allein auf das Ganze oder nur auf einen quoten Theil der Erbschaft, oder mit Anderen zugleich als Nacherbe eingesetzt worden ist. Demselben kann auch ein weiterer

11) A. L.R. I, 12, §. 58: „Unter der fideikommissarischen Substitution wird allemal die gemeine — Substitution verstanden."

12) Ebenda §§. 50, 53, 58, 466, 467.

13) §. 2 Inst. de codicillis (II, 25); L. 2 C. eodem (VI, 36); L. 76 D. ad S.C. Trebellianum (XXXVI, 1); L. 10 D. de jure codicillorum (XXIX, 7).

Fideikommissar nachgesetzt und auferlegt werden, die ihm restituirte Erbschaft von Neuem an Diesen herauszugeben. Man nennt diese Anordnung ein fideicommissum universale successivum. Dabei ist das Verhältniß zwischen dem vorhergehenden und dem nachgesetzten Fideikommissar das Gleiche wie zwischen dem Erben (Fiduziar) und dem ersten Fideikommissar, und wenn der vorhergehende Fideikommissar ausschlägt oder sonst wegfällt, so zählt dieser nicht und der Nachgesetzte tritt an dessen Stelle [14]). Das römische Recht beschränkt das fideicommissum universale successivum nicht auf eine bestimmte Zahl von Restitutionen [15]); das Landrecht schränkt es auf zwei wirklich zur Ausführung gekommene Restitutionen ein [16]). — Uebrigens gelten bei dem Universalfideikommiß wegen der Testamentifaktion, der Erwerbung und des jus accrescendi die nämlichen Grundsätze wie bei der Erbschaft.

## §. 117.

### 2. Errichtung.

I. Die Anordnung eines Universalfideikommisses setzt, wie jede indirekte Succession, das Vorhandensein eines direkten Erben voraus, welchem die Ueberlieferung der ihm angefallenen Erbschaft oder einer Quote derselben an den Fideikommissarius auferlegt wird. Der Testator heißt hier Fideikommittens, den direkten Erben nennt man heres fiduciarius (Fiduziar) [1]), auch Haupterben [2]), und den Nacherben Fideikommissar [3]); die zu überliefernde Erbschaft oder die zu überliefernde Quote der Erbschaft heißt fideicommissaria hereditas (fideikommissarische Erbschaft) [4]). — Fiduziarius kann sowohl ein Testamentserbe ex asse wie pro parte [5]), auch

14) A. L.R. a. a. O. §§. 56, 57. — Vergl. L. 55, §. 2 D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1).

15) §. 11 Inst. de fid. hered. (II, 23); L 1, §. 8 D. eodem. Die Nov. 159 bezieht sich auf Familienfideikommisse.

16) I, 12, §§. 55, 57. — In Schlesien galt schon die zweite Substitution nicht mehr. Daß dergleichen Substitutionen überhaupt kein Bedürfniß sind, ist schon oben gesagt, sie sind aber auch aus volkswirthschaftlichen und rechtspolitischen Gründen (wegen der daraus entstehenden Verwickelungen und Streitigkeiten) verwerflich.

1) L. 46 D. ad S.C. Trebellian. (XXXVI, 1).

2) A. L.R. I, 12, §. 472.

3) L. 29, §. 2 D. quemadm. usus fr. (VII, 4); L. 11, §§. 1, 2 D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1); L. 49 pr. D. eodem.

4) Tit. Inst. de fideicommissariis hereditatibus (II, 23) et Pr. ib. — L. 11, §. 2; L. 16, §. 13; L. 30, §. 1 D. ad S.C. Trebellian. (XXXVI, 1); L. 13, §. 1 D. de jure codicill. (XXIX, 7).

5) §. 8 Inst. eodem: „Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres

kann er der Intestaterbe[6]) und selbst der Fideikommissar[7]) sein. Daß die Zuwendung pure oder unter Zeitbestimmungen und Bedingungen geschehen kann, ist nach preußischem Rechte nur die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes über die Erbeseinsetzung (oben §. 23, II); nach römischem Rechte[8]) aber war es Folge der Formlosigkeit und des ursprünglichen Mangels alles Rechtsschutzes für diese Art von letztwilliger Zuwendung: „— nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis[9])." Wenn daher die Vollziehung der Anordnung nur von der Pietät des Erben erwartet werden konnte, so waren auch die Modalitäten der Anordnung von den Rechtsregeln, unter deren Herrschaft der Rechtsschutz steht, unabhängig und gleichfalls in die Willfährigkeit des Erben gestellt.

II. Gegenstand des Universalfideikommisses ist gewöhnlich die eigene Verlassenschaft des Erblassers, ganz oder zu einer Quote[10]), und auf diesen Fall beziehen sich die, die fideikommissarische Substitution betreffenden, unmittelbaren Bestimmungen des Landrechts: „Eine fideikommissarische Substitution ist vorhanden, wenn dem zuerst eingesetzten Erben — die Pflicht auferlegt worden, die Erbschaft — einem Anderen zu überliefern," und: „Bei eintretendem Substitutionsfalle müssen der Erbe — oder dessen Erben alles, was sie vermöge der Erbeseinsetzung — an Sachen oder Rechten aus dem Nachlasse erworben haben, — — dem Substituten oder dessen Erben — — herausgeben[11])." Allein der Testator kann auch die Herausgabe einer fremden Erbschaft anordnen. Das Gemeine Recht kennt drei Fälle dieser Art, deren im Landrechte nicht ausdrückliche Erwähnung geschieht.

1. Die Anordnung der Herausgabe einer dem Testator selbst

---

institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur." — A. L.R. I, 12, §. 53.

6) §. 10 Inst. eodem. — Vergl. §. 2 Inst. de codicillis (II, 25); L. 1, §. 5; L. 78 pr. D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1) u. L. 3 et 5 C. eodem (VI, 49). — A. L.R. a. a. O. §§. 46, 259, 260, 489.

7) §. 11 Inst. de fideic. heredit. (II, 23): „Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut et rursum alii, aut totum, aut partem — restituat." — L. 55 D. ad S.C. Trebellian. — A. L.R. a. a. O. §§. 56, 57.

8) §. 2 Inst. eodem: „Et liberum est, vel pure vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die." Die Erbeseinsetzung ad certum diem oder ex certo die war unmöglich. §. 9 Inst. de hered. instit. (II, 14).

9) Ulpian, Fragm. XXV, §. 1.

10) §§. 2, 8 Inst. de fideicommiss. hereditat. (II, 23).

11) I, 12, §§. 53, 467.

angefallenen Erbschaft. „Sed et si quis non hereditatis suae partem dimidiam rogavit heredem suum restituere, sed hereditatem Sejae quae ad eum pervenerat, vel totam, vel partem ejus —[12])." Der Fall ist der: dem Testator war die Erbschaft der Seja angefallen und ein Bestandtheil seines Vermögens geworden. Er errichtet ein Universalfideikommiß und bestimmt als Gegenstand desselben nicht eine Quote seiner Hinterlassenschaft, sondern die in derselben begriffene Erbschaft der Seja. Der direkte Erbe (Fiduziar) hat nun diese Erbschaft auszusondern und dem Fideikommissarius zu überliefern. Eigentlich ist hier der Gegenstand des Fideikommisses nicht mehr eine fremde Erbschaft, sondern ein Bestandtheil der eigenen Verlassenschaft und der Erblasser hatte gerade diesen Bestandtheil dem Fideikommissar zu restituiren angeordnet, womit ein praktischer Zweck wegen der auf der Seja'schen Erbschaft lastenden Schulden und Vermächtnisse beabsichtigt gewesen sein konnte. Daß der Fall nach dem Landrechte eben so zu behandeln sein würde, ist nicht zweifelhaft.

2. Die Auflage der Herausgabe einer dem direkten Erben von einem Anderen angefallenen Erbschaft[13]). Auch diese Anordnung muß nach dem Landrechte erfüllt werden, wenn der Erbe die Erbschaft annimmt[14]). Allein diese Verfügung ist nichts anderes als ein gewöhnliches Legat, d. h. die Schulden und Forderungen können nicht ipso jure auf den Fideikommissar übergehen, weil die Verordnung nicht von dem Erblasser dieser Erbschaft herkommt, und daher kann auch dieser Fideikommissar nicht an die Stelle des Erben treten, wenn der Erbe jene Erbschaft ausschlägt; denn zur Annahme derselben kann derselbe auf Grund der Verfügung seines andern Erblassers nicht gezwungen werden. Das Vermächtniß ist dann das einer fremden Sache[15])

3. Die Anordnung der Herausgabe der künftigen Verlassenschaft des Erben selbst. Diese ist gültig, soweit die eigene Verlassenschaft des Testators reicht[16]). In diesem Falle scheint zwar eigent-

---

12) L. 16, §. 5 D. ad S.C. Trebellian. (XXXVI, 1). Vergl. L. 76, §. 1 D. de leg. II (XXXI).

13) L. 17, §. 1; L. 27, §§. 9, 10 D. ad S.C. Trebellianum. — §. 5 Inst. de oblig. quae quasi ex contr. (III, 28); L. 5, §. 2 D. de obl. et act. (XLIV, 7).

14) I, 12, §. 374: „Auch das besondere Eigenthum des eingesetzten Erben kann der Testator einem Dritten vermachen."

15) A. L.R. a. a. O. §§. 377 u. flg.

16) L. 114, §. 7 D. de leg. I (XXX): „Quid ergo, si heres post mortem suam rogatus fuerit, hereditatis suae partem quartam restituere? Verius esse

lich der Erbe des Erben der Fiduziar, denn erst dieser ist in der Lage, die fideikommissarische Erbschaft herauszugeben, und wenn dem so wäre, so würde die Restitution nur dann gefordert werden können, wenn er selbst die Erbschaft des direkten Erben annähme. So ist es aber doch nicht, vielmehr enthält die Verordnung ein gewöhnliches Universalfideikommiß auf den ganzen Betrag der Erbschaft, nur mit der Bestimmung, daß die Restitution erst nach dem Tode des direkten Erben geschehen soll [17]), ein Universalfideikommiß, welches auch im Landrecht ausdrückliche Anerkennung gefunden hat [18]). Nimmt der Erbeserbe die damit beschwerte Erbschaft nicht an, so ist es so als wenn der Fiduziar ausgeschlagen hätte, d. h. der Fideikommissar tritt ohne Weiteres an die Stelle des entsagenden Erbeserben und nimmt ohne dessen Mitwirkung die Erbschaft in Besitz [19]), ganz so wie es auch nach römischem Rechte Grundsatz ist, wenn der Testator ein Soldat war, oder nicht gewußt hatte, daß der Fiduziar (weil er vor ihm verstorben) unmöglich werde antreten können; in diesem Falle heißt es: „perinde habendum est, ac si eidem (fideicommissario) hereditas directo data“ [20]).

III. Zur Begründung des Universalfideikommisses bedarf es auch nach dem Landrechte keiner bestimmten Formel, aber es muß doch immer eine in Worten ausgedrückte Erklärung des Testators in der vorgeschriebenen äußern Form vorhanden sein, woraus der Wille desselben ein solches Fideikommiß hinterlassen zu wollen erhellet. Der Grundsatz des römischen Rechts: „etiam nutu relinquere fideicommissum in usu receptum est“ [21]), hat keine Geltung und kann auch da, wo eine schriftliche Form für eine gültige Willenserklärung wesentliches Erforderniß ist, schwerlich in Ausführung gebracht werden. Stillschweigend errichtete Fideikommisse im eigentlichen Sinne giebt es daher so wenig wie stillschweigende Erbeseinsetzungen nach preußischem Rechte. Die einfachste Ausdrucksweise ist bei der Berufung eines Testamentserben der Zusatz, daß derselbe den Nachlaß Dem und Dem ausantworten möge; und, wenn es bei

---

existimo, — valere fideicommissum, atque de hereditate sua restituenda rogatus esset: et eatenus restituenda est, quatenus hereditas testatoris patitur —.“ Vergl. L. 77, §. 25; L. 88, §. 16 D. de legat. II (XXXI); L. 15, §. 3 D. ad Leg. Falcidiam (XXXV, 2).

17) L. 19, §. 1; L. 27, §. 8 D. ad S.C. Trebellian. (XXXVI, 1).

18) Oben, Text zur Note 11, Worte: „dessen Erben“.

19) A. L.R. I, 12, §§. 58, 50 u. 56.

20) L. 13, §. 4; L. 14 D. de testamento militis (XXIX, 1).

21) Ulpian, Fragm. XXV, §. 3.

der Intestaterbfolge gelassen wird, die selbstständige, in Testamentsform gebrachte Anordnung, daß der Intestaterbe, gleichviel wer er sein werde, den Nachlaß ganz oder zum quoten Theil der namhaft gemachten Person oder mehreren genannten Personen herausgebe [22]). In dieser Form kann auch dem in einem schon vorher errichteten Testamente ernannten Erben ein Universalfideikommiß aufgelegt werden [23]). Aber folgende Verordnungen werden beispielsweise für gleichbedeutend erklärt.

1. Die Einsetzung eines Testamentserben von einer gewissen Zeit an, oder nur bis zu einer gewissen Zeit. In dem ersten Falle ist der Testamentserbe der Fiduziar und der Intestaterbe der Fideikommissar, und im zweiten Falle ist das Verhältniß umgekehrt [24]). Im röm. Rechte kommt dieser Fall nicht vor, er konnte nicht vorkommen, weil der Fideikommissar nicht Erbe war, und daher der direkte Erbe nicht aufhören konnte, Erbe zu sein. Nachdem aber die Idee, die nicht den Verfassern des Landrechts ursprünglich gekommen ist [25]), durchgebrochen, daß die fideikommissarische Substitution wesentlich und in der praktischen Wirkung gar nichts anderes sei, als die Einsetzung mehrerer Erben für dieselbe Erbschaft, oder mehrerer Legatare für denselben Gegenstand nach einander, und daß der Gedanke des Trebellianischen Senatsschlusses nur an der Schonung des alten Rechtsgrundsatzes: semel heres semper heres, hängen geblieben war und darum nur indirekt zur Durchführung hatte kommen können, war es logisch folgerichtig, die Ernennung des Erben auf Zeit mit allen Konsequenzen gelten zu lassen; eine solche Berufung eines Erben auf Zeit in der Person des Intestaterben enthält eben auch die Ernennung eines Testamentserben von einer gewissen Zeit an.

2. Die Einsetzung eines Erben unter einer aufschiebenden oder unter einer auflösenden Bedingung. Hier treten die gleichen Wirkungen wie in dem vorgedachten Falle ein [26]).

---

22) A. L.R. I, 12, §. 53. — Vergl. §§. 3 et 10 Inst. de fideicommiss. hered. (II, 23).

23) §. 2 Inst. de codicillis (II, 25); L. 2 C. eodem (VI, 36).

24) A. L.R. I, 12, §§. 259, 260, 486.

25) M. vergl. Württemb. Landrecht von 1610, Th. III, Tit. 11, §. 6; Project des Corporis juris Frideric., Th. II (v. 1751), Lib. VII, Tit. 13, §. 14. Spätere Gesetzgebungen haben sich dieselbe gleichfalls angeeignet, z. B. östr. bürg. G.B. §§. 707, 708; das Sächs. §§. 2013, 2065, 2149, 2505, 2506; Hess.-Darmstädt. Entw. Abth. III, §§. 63—65.

26) A. L.R. a. a. O. §§. 478, 479, 489. Vergl. oben §. 26 (in den Berichtigungen).

3. Das Verbot des Verkaufs der Erbschaft oder Bestandtheile derselben. Unter dem Verbote des Verkaufs ist jede andere Veräußerung und Verpfändung begriffen. Ein solches Verbot enthält nach dem Allg. Landrechte unter allen Umständen die Errichtung eines Fideikommisses. Sind Personen, zu deren Besten das Verbot gegeben worden, genannt, so sind diese die Fideikommissarien, an welche die Erbschaft nach dem Tode des Haupterben zu restituiren (Nr. II, 3 a. E.). Dieser Fall wird nach römischem Rechte ganz ebenso angesehen. Ist niemand bezeichnet, zu dessen Vortheile das Verbot gereichen soll, so gilt es nach römischem Rechte für nicht geschrieben [27]), das Landrecht hingegen ergänzt die Verfügung dahin, daß darin die Willenserklärung des Erblassers enthalten sei, „die Sache solle bei der Familie des Erben (oder Legatarii) verbleiben" [28]). Unter „der Familie" werden nur die unmittelbaren Leibeserben des Erben zu verstehen sein [29]), so daß bei ihnen das Fideikommiß erlischt.

4. Im römischen Rechte kommen noch andere Ausdrucksweisen vor, in welchen die Anordnung eines Fideikommisses gefunden wird, welche auch für das preußische Recht passen, z. B. a) die Verordnung des Testators, der Testamentserbe, wiewohl auf das Ganze berufen, solle sich mit etwas Gewissem begnügen. Hierin findet man die Anordnung eines Universalfideikommisses für die Intestaterben [30]). Oder b) wenn der Testator dem Erben verbietet, über die ihm zugewendete Erbschaft von Todes wegen zu verfügen. Hierdurch, so ist angenommen, ist ein Fideikommiß für die Intestaterben des Fiduziars begründet [31]). Ebenso c), wenn der Testator seinem Erben aufgiebt, eine bestimmte Person zu seinem Erben zu machen. Dies wird so verstanden: Es kann zwar Niemand verpflichtet werden, einen Andern zum Erben zu machen, allein in der Verordnung ist enthalten, dem Erben sei auferlegt, daß er der genannten Person Alles, was er aus der Erbschaft des Testators erlangt habe, nach seinem Tode herausgebe [32]).

Bei der rechtlichen Natur und Form der Fideikommisse in dem

27) L. 114, §. 14 D. de legat. I. Vergl. L. 38, §§. 3, 7 D. de legat. III.

28) A. L.R. a. a. O. §§. 534, 535.

29) A. L.R. II, 3, §. 1, verb. mit I, 1, §. 42.

30) L. 69 pr. D. leg. II; L. 11, §. 4 D. de leg. III; L. 19 pr., L. 78 pr. D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1).

31) L. 74 pr. D. eodem.

32) L. 17 pr. D. eodem. Vergl. L. 78, §. 10 D. ib.; L. un. C. de caducis tollendis (VI, 51).

heutigen Rechte kann es zweifelhaft sein, ob der Testator eine gemeine, oder eine fideikommissarische Substitution verordnet habe. In diesem Falle soll die erstere „vermuthet" werden[33]. Nach der eigentlichen Wortbedeutung würde darüber ein Beweisverfahren zugelassen werden müssen, da jede Vermuthung durch Gegenbeweis widerlegt werden darf. Die Beweisführung über sonstige, vor oder nach der Errichtung der letztwilligen Verordnung angeblich vorgekommene gelegentliche und formlose Meinungsäußerungen des Testators erscheint jedoch ganz unerheblich und deshalb unzulässig. Der inkorrekte Ausdruck „vermuthet" ist einigen älteren Schriftstellern, welche hier von einer Vermuthung, ohne sich auf deren Bedeutung einzulassen, sprechen[34]), entnommen. Allein andere angesehene Juristen meinen dabei eine Auslegungsregel, wonach im Zweifel die Willenserklärung gegen die fideikommissarische Erbeseinsetzung interpretirt und eine direkte Substitution angenommen werden soll. Vor Allen verordnet Bonifacius VIII: „— in substitutionibus semper sit interpretatio facienda (dummodo — earum verbis et personis conveniat institutis), ut substitutio directa intelligatur potius, quam obliqua[35])." Von den älteren Schriftstellern drückt sich Mantica (Zeitgenosse des Menoch und Mascard ([34])) so aus: „Substitutio intelligitur magis directa, quam fideicommissaria[36])." Ebenso drückt Leyser seine Meinung aus: „Substitutio directa magis quam fideicommissaria intelligitur[37])"; und Stryk sagt: „In dubio potius substitutio directa quam fideicommissaria est[38])." Man findet auch die Ausdrücke in jener Zeit abwechselnd gleichbedeutend gebraucht. Namentlich spricht Georg Gottlieb Böhmer auf demselben Blatte von „interpretatio" und von „praesumtio" durcheinander als von identischen Begriffen. Da heißt es in der Ueberschrift: „Fideicommissaria substitutio in dubio non praesumitur sed directa;" und im Texte wird gesagt: „justa est, quam in dubiis substitutionum formulis faciendam jus Canonicum praecipit, interpretatio, directam substitutionem intelligendam potius esse,

---

33) A. L.R. I, 12, §. 59.

34) Z. B. Menoch, de praesumt. IV, nr. 66; Mascard, de probat. IV, nr. 1351; Mevius, Dec. VII, 16.

35) Cap. 1 de testamentis in 6 (III, 11).

36) Libri 12 de conjecturis ultimar. volunt. L. V, tit. 1, Nr. 3.

37) Med. ad Pand. sp. 362, m. 1.

38) Tract. de cautelis testam., cap. XVIII, membr. 1, §. 5.

quam obliquam" —. „Porro si testator verbis usus sit, quae casum respiciunt, quo quis heres existit, de fideicommissaria substitutione sensisse censetur; siquidem haec praesumtio indoli hujus substitutionis congruit. Unde Pontifex dum pro directa interpretationem faciendam esse monet — —. Itaque his verbis — inest fideicommissi interpretatio ex tacita defuncti voluntate [39])." — Hiernach darf wohl nicht bezweifelt werden, daß das Landrecht in dieser Vorschrift ([33]) nicht eine Vermuthung im Rechtssinne hat gründen, sondern eine Auslegungsregel hat geben wollen. Neuere Gesetzgebungen, welche die Frage berühren, drücken dieses ganz unzweideutig und korrekt aus. Das östr. Gesetzbuch z. B. sagt darüber im §. 614: „Ist eine Substitution zweifelhaft ausgedrückt, so ist sie auf eine solche Art auszulegen, wodurch die Freiheit des Erben, über das Eigenthum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird." Diese Regel wird namentlich auch auf die hier vorliegende Frage: ob direkte oder fideikommissarische Substitution anzunehmen sei, bezogen [40]).

## §. 118.

### 3. Restitution.

I. Die Restitution oder Herausgabe der Erbschaft oder deren Quote von Seiten des Fiduziars an den Fideikommissarius ist nach römischem Rechte diejenige Handlung, wodurch der Fideikommissar die fideikommissarische Erbschaft erwirbt; vorher hat er kein Eigenthum daran, und daher steht ihm auch die dingliche hereditatis petitio fideicommissaria nicht zu. Nur ein persönliches Rechtsmittel gegen den Fiduziar hat er, um diesen zum Antreten und Restituiren der Erbschaft zu zwingen. Zu einem Eigennamen hat dieses Rechtsmittel es nicht gebracht, weil das Institut selbst nicht zum Abschluß seiner Entwickelung gekommen, sondern in dem Stadium derselben, in welchem es sich befand, als die organische Rechtsbildung vor der imperialistischen, meistens auf Willkühr gegründeten Gesetzgebung weichen mußte, überliefert worden ist. Vermuthlich würde dasselbe sich zu einer actio personalis ex testamento — wenn das Universal-Fideikommiß schließlich als wirkliche Erbeseinsetzung aufgekommen wäre —, oder doch nach Analogie der actio legati bei kodi-

---

39) Electa juris civilis, Tom. I, exercit. VI, §. 5.

40) Glaser u. Unger, Sammlung civilrechtl. Entsch. des k. k. obersten Gerichtshofes, I, Nr. 154.

zillarischen Vermächtnissen [41]), zu einer actio fideicommissi — eine petitio fideicommissi hätte es wol nicht werden können, da man unter dieser Bezeichnung dingliche Klagen verstand [42]) — entwickelt haben. Nun ist es bei der allgemeinen Benennung persecutio (Neuere nennen es imploratio officii judicis) verblieben, womit alle unregelmäßigen weil unfertigen Rechtsmittel bezeichnet wurden, wie Ulpian sagt ([42]): „— persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii executionem." Die Restitution selbst bestand in der Erklärung des Erben, daß er dem Fideikommissar die Erbschaft herausgebe (se restituere), gleichviel ob mündlich, brieflich oder durch einen Boten [43]). Damit war die Erwerbung der fideikommissarischen Erbschaft vollzogen, wenn auch dabei keine körperliche Ueberlieferung der Bestandtheile der Erbschaft vorgekommen war; dem Fideikommissar stand nunmehr die fideicommissaria hereditatis petitio, „quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis" [44]), gegen jeden Besitzer und gegen den Fiduziar selbst zu. — Dieses Alles, mit Ausnahme der Erbschaftsklage, ist für das preußische Recht nur Antiquität, nach den landrechtlichen Grundsätzen vollzieht sich der Uebergang der fideikommissarischen Erbschaft von dem Fiduziar auf den Fideikommissar von selbst, ohne irgend eine Handlung oder Erklärung, mit dem Tage, wo die Zeit zur Herausgabe der Erbschaft an den Fideikommissar gekommen ist. Kann oder will der Fideikommissar die Erbschaft nicht annehmen, so bleibt der Fiduziar Erbe [45]); hat aber der Fideikommissar, obgleich er annehmen konnte, wenn er gewollt hätte, nicht rechtzeitig entsagt, so braucht der Fiduziar, wenn er nicht will, die Erbschaft nicht zu behalten, weil der Fideikommissar, nachdem er einmal ipso jure Erbe geworden, sich durch eine verspätete Entsagung zum Nachtheil des Fiduziars nicht mehr freimachen kann [46]). Die Erklärung muß daher innerhalb der Ueberlegungsfrist eingebracht werden, welche auch für den Fideikommissar ebenso wie für den Haupterben,

---

41) L. 75 D. ad leg. Falcid. (XXXV, 2).

42) L. 178, §. 2 D. de verb. signif. (L, 16).

43) L. 37 pr. D. ad S.C. Trebellianum (XXXVI, 1). Vergl. L. 63 pr. D. eodem.

44) L. 1 et 2 D. de fideicommiss. heredit. petit. (V, 6).

45) L. 1, §. 6 D. de separationibus (XLII, 6).

46) A. L.R. I, 9, §. 412.

vom Tage der erlangten Wissenschaft von dem bedingungslos gewordenen Anfalle, also erst von dem Eintritte des Substitutionsfalles, zu laufen anfängt[47]). (Vergl. §. 120, III a. E.)

II. Ueber den Zeitpunkt entscheidet die Bestimmung des Testators, weshalb vor Allem auf die beigefügte Erklärung oder die Ausdrücke, mit welchen dem Haupterben die Auflage gemacht worden, zu achten ist[48]). Eine solche besonders gefaßte Auflage trägt Scävola[49]) vor, um daran seine interpretatio voluntatis zu knüpfen. Diese Stelle ist von einem preußischen Schriftsteller, dessen Werk über preußisches Erbrecht gerade jetzt „in Halbbänden" erscheint, wovon ich so eben die zweite Hälfte des I. Bds. erhalten habe, als Beweis für seine ganz neue Behauptung in seiner Glosse 46 zu §. 53, Tit. 12, Th. I des A. L.R.: daß der Fideikommissar die Herausgabe auch dann erst nach dem Tode des Haupterben fordern könne, wenn über den Zeitpunkt jede nähere Bestimmung fehlt, ohne Weiteres abgedruckt worden. Deshalb ist auf die Stelle näher einzugehen, um aufzuweisen, daß diese Behauptung darin gar keine Stütze findet. Der Fall wird von Scävola so erzählt: Eine Frau fideikommittirte ihrem Erben, die Erbschaft (mit Zurückhaltung des vierten Theils) ihrer vormaligen Schwiegertochter herauszugeben, und dieser legte sie ein weiteres Fideikommiß mit folgenden Worten auf: „rogo te, ut id, quod ad te ex bonis meis pervenerit, facias pervenire ad filium tuum." Scävola wird gefragt: wann die Schwiegertochter dieses Fideikommiß herauszugeben habe, und er respondirt darauf. Dieser Theil der Stelle lautet nach der lectio mixta, nach welcher sie in jenem Werke abgedruckt ist: „Quaesitum est, quando hoc fideicommissum restituere debeat, utrumne post mortem suam, an jam nunc. Respondit: ad tempus, quo nurus moreretur, fideicommissum aptandum esse." Auch nach dieser Lesart besteht keine Meinungsverschiedenheit unter den Civilisten darüber, daß das Responsum hier nur eine Willensauslegung mit Rücksicht auf die gebrauchten Ausdrücke, keineswegs ein Prinzip enthalte[50]). Nach der lectio Bononiensis, welche bekanntlich der Glosse zum Grunde liegt, ist dies vollends zweifellos. Demnach lautet dieser Passus: „Quae-

---

47) I, 12, §. 485. — Vergl. I, 9, §. 408.

48) Z. B. der Ausdruck „quum volet", wann er will, giebt dem Fiduziar Zeit bis zum Tode. L. 41, §. 13 u. L. 11, §. 6 D. de legatis III.

49) L. 75, §. 1 D. ad S.C. Trebellianum (XXXVI, 1).

50) Voet, Comment. ad Pand., L. XXXVI, tit. 1, nr. 34.

situm est, quando hoc fideicommissum restituere debeat, utrumne post mortem suam, an antea? Respondi, nunc ad tempus quo nurus moreretur, fideicommissum aptandum esse.“ Die Glosse notirt zu „nunc“: id est in hoc casu; und an einer anderen Stelle, wo der Grundsatz, daß sogleich restituirt werden müsse, wenn über den Zeitpunkt nichts gesagt ist, vorkommt, sagt sie: „Sed contra infra, ad Trebell., L. epistola, §. fin. (L. 75, §. 1 ad S.C. Trebell.); sed ibi alia voluntas fuit, ut ex verbis ibi apparet [51]).“ — Grundsatz des römischen Rechts ist, daß, wenn der Testator schlechthin die Restitution angeordnet und über die Zeit der Herausgabe nichts bestimmt hat, solche sogleich (statim) geschehen muß [52]), d. h. nach der Antretung.

Das Landrecht hat hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Sollte darum der Grundsatz des Gemeinen Rechts zur Anwendung kommen, so könnte dies doch nur nach Analogie der Vorschrift für Legate geschehen, nach welcher die pure ausgesetzten Vermächtnisse erst gleich nach Ablauf der gesetzmäßigen Deliberationsfrist oder, wenn über die Gültigkeit des letzten Willens gestritten wird, nach rechtskräftiger Entscheidung des Prozesses gefordert werden können [53]). Allein die Rechtslage in diesem Punkte ist nach dem Allg. Landrecht überhaupt eine ganz andere als nach dem römischen und gemeinen Recht. Nach dem letzteren blieb der Fiduziar Erbe und hatte davon immer seinen materiellen Vortheil bei der Antretung der Erbschaft, wenn er auch dieselbe sogleich restituiren mußte: er behielt in jedem Falle seine Quart und der Fideikommissar konnte ja auch vor der Restitution wegfallen, wodurch das Fideikommiß ganz erlosch. Dabei hatte also der Grundsatz: ein pure angeordnetes Fideikommiß muß sogleich herausgegeben werden, einen praktischen Sinn. Der landrechtliche Fiduziar dagegen hört mit dem Zeitpunkt, wo er zur Herausgabe verpflichtet ist, ganz auf Eigenthümer der Erbschaft zu sein; er muß den ganzen Inhalt der fideikommissarischen Erbschaft, „ohne den geringsten Abzug“ [54]) herausgeben; das Fideikommiß erlischt auch nicht durch den Abgang des Fideikommissars vor der Restitution, vielmehr transmittirt der Fideikommissar, wenn er den Tod des Erblassers erlebt, dasselbe auf seine Erben. Welche Bedeutung soll also eine Er-

51) Gl. h, possit, ad L. 41, §. 14 D. de legatis III (XXXII).

52) L. 41, §. 14 D. eodem. Ueber diese Frage besteht keine Meinungsverschiedenheit.

53) I, 12, §§. 294, 295.

54) Ebenda §. 467.

beseinsetzung haben, wenn der Haupterbe die Erbschaft, sobald er dieselbe erworben hat, einem Anderen überlassen soll, d. h. wenn er in dem Moment, wo er Erbe wird, ipso jure auch wieder aufhört, Erbe zu sein? Eine solche direkte Erbeseinsetzung ist von dem Testator durch die nachfolgende Verordnung, daß ein Anderer die Erbschaft erhalten soll, auch wieder aufgehoben und der Zweite ist der Erbe, mit anderen Worten: ein Universal-Fideikommiß, welches herauszugeben ist, sobald dem Haupterben die Erbschaft angefallen (und damit auch erworben) ist, ist kein Fideikommiß, sondern eine direkte Erbfolge. Das ist denn auch in der That in der Begriffsbestimmung enthalten, welche wörtlich lautet: „Eine fideikommissarische Substitution ist vorhanden, wenn dem zuerst eingesetzten Erben — die Pflicht auferlegt worden, die Erbschaft in den bestimmten Fällen, oder unter den angegebenen Bedingungen, einem Anderen zu überliefern[55].“ Also ohne Beifügung bestimmter Fälle oder Angabe von Bedingungen, wozu auch Zeitbestimmungen gehören, ist keine fideikommissarische Anordnung vorhanden. Damit stimmt die Vorschrift über das Verhältniß zwischen dem Haupterben und dem Fideikommissar überein: „Bei der fideikommissarischen Substitution hat der eingesetzte Erbe so lange, bis der Substitutionsfall eintritt, alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers[56].“ Fällt also der Anfall der Erbschaft mit der ipso jure eintretenden Restitution, d. h. Uebergang der fideikommissarischen Erbschaft auf den Fideikommissar, zusammen, so kommt jenes Verhältniß nicht zur Existenz. Nun leuchtet es ein, warum keine Bestimmung über den Zeitpunkt der Ueberlieferung eines pure angeordneten Fideikommisses gegeben worden ist und gegeben werden konnte: der hier sogenannte Fideikommissar tritt nun unmittelbar ein.

### 4. Rechtliche Wirkungen bei der eigenen Verlassenschaft.

## §. 119.

#### a) Vor dem Eintritt des Substitutionsfalles.

Der Fiduziar ist wahrer Erbe und Eigenthümer der Erbschaft, und bleibt es bis zum Eintritt des Substitutionsfalles; er kann daher auch Dritte, ohne Zuziehung des Fideikommissars, sogar den schuldnerischen Fideikommissar selbst, belangen und von jenem belangt werden[1]); ebenso ist er befugt, aus der Erbschaft die Schulden zu

55) Ebenda §. 53.

56) Ebenda §. 466.

1) L. 27, §. 7; L. 58, §. 1 D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1). — Pr.

bezahlen und die ausgesetzten Legate zu entrichten [2]). Von Immobilien muß demzufolge der Besitztitel nur allein für den Fiduziar berichtigt werden [3]); der Fideikommissar hat vor Eintritt des Substitutionsfalles kein dingliches Recht und ist auch nicht befugt, wegen der dem Fiduziar „auferlegten Pflicht, die Erbschaft einem Anderen zu überliefern," Sicherstellung zu fordern, ausgenommen, wenn ein Fall eintritt, wo der Eigenthümer von dem Nießbraucher Kaution nachträglich zu fordern berechtigt ist [4]), ein Punkt, worin das Landrecht von dem römischen Rechte abgewichen ist. Doch damit im Widerspruch hat der Justizminister reglementarisch vorgeschrieben [5]), das Anrecht der Fideikommißerben in Rubr. II zu vermerken, eine Anordnung, wozu der J.M. nicht ermächtigt ist, weil sie in Privatrechte eingreift, welche durch ein Gesetz ausdrücklich gesichert sind; denn ein solcher Vermerk ist nicht bloß eine Sicherheitsbestellung, zu welcher der Fiduziar nur durch Urtel und Recht für schuldig erkannt werden kann; er ist noch mehr, er enthält eine förmliche Beschlagnahme, welche gleichfalls nicht ohne ein richterliches Urtheil stattfinden darf. — Der Fiduziar hat zwar die persönliche Pflicht, die Erbschaft dem Fideikommissar nach Eintritt des Substitutionsfalles zu überliefern; dadurch aber wird er nicht verhindert, wie ein guter Hausvater auch über die Substanz zu verfügen und somit, soweit es nothwendig erscheint, einzelne Stücke zu verkaufen oder ausstehende Forderungen einzuziehen, auch Schulden zu kontrahiren, wenn dies nach dem Laufe einer ordentlichen Verwaltung nothwendig oder nützlich erscheint, z. B. wenn er Schulden des Erblassers zu bezahlen gedrängt wird oder Vermächtnisse zu entrichten hat, oder wenn durch Krieg oder Elementar-Ereignisse Schäden verursacht sind, welche reparirt werden müssen [6]); ferner wenn Sachen, welche in sich dem Ver-

---

des Obertr. 578, vom 27. Oktober 1838: „Der heres fiduciarius erwirbt das Eigenthum der ihm angefallenen Erbschaft" (Präj.-Samml. I, S. 75; Schles. Arch. Bd. V, S. 249). — Erk. des Obertr. vom 12. April 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. IX, S. 99).

2) L. 104 D. de solutionibus (XLVI, 3). — A. L.R. I, 12, §§. 473 u. 474.

3) Vergl. R. vom 5. Oktober 1838 (Jahrb. Bd. LII, S. 593).

4) A. L.R. a. a. O. §. 472, verb. mit I, 21, §§. 20, 21. R. vom 5. März 1840 (J.M.Bl. S. 107).

5) In dem Note 3 angef. Rescr., vermuthlich auf Grund einer in den Jahrb. Bd. VI, S. 245 abgedruckten anonymen Abhandl., wo S. 252 lit. α gesagt ist: „Daher wird der Besitztitel für den fiduciarius im Hypothekenbuche des mit einer fideikommissarischen Substitution belasteten Grundstücks berichtigt, und das Successionsrecht des Fideikommissars — wird nur rubrica II eingetragen."

6) R. vom 18. August 1810 (Rabe, Bd. X, S. 406); Ed. vom 9. Oktober 1807, §. VIII. — Vergl. L. 114, §. 14 D. de legat. I.

derben ausgesetzt sind, verkauft werden müssen [7]). Außerdem darf er nichts veräußern, vielmehr liegt ihm ob, Alles in dem Stande, in welchem es sich zur Zeit der Besitznahme der Erbschaft befand, zu erhalten [8]); was er gleichwohl unbefugterweise veräußert hat, kann der Fideikommissar von dem Besitzer nach Eintritt des Substitutionsfalles vindiciren [9]), unbeschadet der Rechte, welche dem redlichen Besitzer zustehen. Uebrigens darf der Fiduziar die Erbschaft wie sein Eigenthum, nach Art eines guten Hausvaters, bis zum Eintritt des Substitutionsfalles, nutzen, er behält daher auch die gezogenen Früchte, mit Ausnahme der erst nach eingetretenem Verzuge entstandenen [10]). Das Landrecht hat in diesem Punkte die Sache sehr vereinfacht. Nach römischem Rechte ([10]) gehörten zu den der Herausgabe unterworfenen Gegenständen auch diejenigen Früchte, welche zwischen dem Anfalle und der Antretung (Erwerbung) der Erbschaft zugewachsen waren. Nach preußischem Rechte giebt es einen solchen Zwischenraum nicht: Anfall und Erwerbung fallen zusammen. Eine andere Frage betrifft die s. g. civilen Früchte, welche aus einer besonderen von dem Erblasser kontrahirten Obligation entsprangen, namentlich Pächte, Miethe und vorbedungene Zinsen: diese sollten als eine Vermehrung der Erbschaft mit herausgegeben werden [11]). Das Landrecht macht diesen Unterschied nicht, sondern verweiset in Beziehung auf Früchte und Nutzungen schlechthin auf die Grundsätze über den Nießbrauch. Dabei ist jedoch immer die ausdrückliche Vorschrift des Testators zu berücksichtigen. Hätte derselbe ausdrücklich erklärt, daß die hinausgerückte Zeit zur Ueberlieferung bloß zum Vortheile des Fideikommissars bestimmt worden sei [12]), oder hätte er geradezu vorgeschrieben, daß die Erbschaft oder der bestimmte Theil derselben mit allen Vermehrungen und Früchten ausgeliefert werden solle [13]), so müßte dieser Vorschrift nachgegangen und es müßten, wie in diesem, so auch in jenem Falle, sämmtliche Früchte herausgegeben werden. Denn der Erbe hat, nachdem die Quarta aufgehoben, gar kein eigenes Recht, außer dem ex volun-

---

7) L. 22, §. 3 D. ad S.C. Trebellian. (XXXVI, 1).

8) A. L.R. I, 12, §. 467.

9) L. 3, §§. 2, 3 C. communia de legat. (VI, 43). — Vergl. Erk. des Obertr. vom 8. Dezember 1858 (Entsch. Bd. XL, S. 116).

10) A. L.R. a. a. O. §. 466. — L. 3 pr. D. de usur. (XXII, 1); L. 23 D. de leg. I; L. 26 D. de leg. III.

11) L. 18 pr. §. 2; L. 44, §. 1 D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1).

12) L. 3, §. 3 D. de usuris (XXII, 1); L. 43, §. 2 D. de leg. II (XXXI).

13) L. 18 pr.; L. 63, §. 4 D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1).

tate testatoris; wenn er damit nicht zufrieden ist, kann er nur ablehnen und dann tritt der Fideikommissar ipso jure als direkter Erbe ein, womit das erreicht ist was der Erblasser auf einem Umwege zu erreichen beabsichtigte; nimmt er an, so ist er in der That nur Testaments-Exekutor (§§. 32 ff.).

Die Regel, daß der Fiduziar in der Veräußerungsbefugniß auf solche Veräußerungen beschränkt ist, welche die ordnungsmäßige Verwaltung mit sich bringt, wird selbstverständlich durch den ein Anderes anordnenden Willen des Testators ausgeschlossen. Dieses geschieht schon durch die Anordnung: „daß die fideikommissarische Substitution nur auf das, was bei eintretendem Falle noch vorhanden sein würde, sich erstrecken solle[14]." Man nennt dies ein fideicommissum ejus, quod superfuturum erit. Eine solche Verordnung giebt dem Fiduziar, nach dem Landrechte (nach neuerem röm. Rechte müßte er aber doch Ein Viertel übrig lassen[15]), eine freie Verfügungsbefugniß unter Lebenden, mit alleiniger Ausnahme reiner Schenkungen[16]. Enthält eine solche Verordnung keine besondere Bestimmung über den Eintritt des Falles, so kann der Fiduziar die Herausgabe des Ueberrestes bis zu seinem Tode verschieben, weil ihm kein Termin vorgeschrieben, der sofortige Uebergang aber nicht gemeint ist. Daß der Fideikommissar sich mit dem begnügen solle, was bei dem Ableben des Erben übrig ist, enthält schon das Verbot, ihm ein Inventarium abzufordern[17].

Da der Fiduziar Eigenthümer und wegen seines Nutzungs- und Verfügungsrechts zu Niemand in einem obligatorischen Verhältnisse steht; so kann er, abgesehen von positiven Vorschriften, sich nur wegen eines solchen Anderen entstandenen Nachtheils, welchen er vorsätzlich oder durch grobes Versehen verursacht hat, verantwortlich machen. Daher verlangt das römische Recht ganz folgerichtig nur die Anwendung einer solchen Sorgfalt bei der Ausübung seiner Rechte, welche er in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt[18]. Davon ist das Landrecht abgegangen; denn es macht ihm diejenige Sorgfalt zur Pflicht, welche dem Nießbraucher einer fremden Sache obliegt, d. h. er muß culpa levis in abstracto prästiren[19]. Daß der Fiduziar für zufällig

14) A. L.R. I, 12, §. 468. — Vergl. L. 3, §. 2 D. de usuris (XXII, 1); L. 58, §. 7 D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1).

15) Novelle 108, Kap. 1.

16) I, 12, §§. 468, 469.

17) Ebenda §. 471.

18) L. 22, §. 3 D. ad S.C. Trebellian. (XXXVI, 1).

19) I, 12, §. 466, verb. mit I, 21, §§. 89, 132.

eingetretene Verschlechterungen oder Verluste nicht einzustehen habe, versteht sich nach dem Gesagten von selbst, er ist aber auch nicht verpflichtet, durch positive Handlungen oder Aufwendungen Schäden und Verluste zu verhüten, welche durch Unglücksfälle entstehen können, z. B. die Gebäude, welche der Erblasser zu versichern unterlassen hatte, gegen Feuersgefahr zu versichern, oder höher zu versichern als der Erblasser sie versichert hatte; er ist nur gehalten, Alles in dem Zustande wirthschaftlich zu erhalten, in welchem es auf ihn gekommen [20]).

## §. 120.

### b) Nach dem Eintritte des Substitutionsfalles.

I. Mit dem Eintritte des Substitutionsfalles hört der Haupterbe, ganz im Gegensatze von den Grundsätzen des römischen Rechts, von selbst auf, Herr der Erbschaft zu sein, er repräsentirt daher auch den Erblasser nicht mehr, seine Verbindlichkeiten gegen Erbschaftsgläubiger und Legatare, soweit solche noch nicht befriedigt sind, erlöschen, und die Wirkungen der Konfusion, womit es nach röm. Rechte gleichfalls eine andere Bewandtniß hat, weil der Fiduziar nach wie vor Erbe blieb [1]), fallen damit gleichfalls ipso jure hinweg, wenngleich das Fideikommiß nur auf das, was übrig bleibt, gelegt ist [2]). Dieses versteht sich von dem Falle, wenn die ganze Erbschaft eine fideikommissarische ist. Der Fideikommissar oder, wenn er den Fall nicht erlebt hat, sein Erbe [3]), ist nun nach allen Richtungen ganz in die Stelle des Haupterben getreten und der Alleinschuldner der Erbschaftsgläubiger und der Legatare geworden, auch ist das Eigenthum der Erbschaftsgegenstände ipso jure auf ihn übergegangen. Der Haupterbe ist, ihm gegenüber, in Ansehung der Erbschaft, ein Dritter, eine persönliche Klage gegen ihn hat er nicht, denn die imploratio judicis des römischen Rechts hatte nur den Zwang gegen den Erben zur Restitution, d. h. zu der Erklärung, daß er die Erbschaft auf den Fideikommissar übertrage, zum Gegenstande, damit der Fideikommissar die Rechte und Klagen des Erben erwerbe, und diese Wirkung hat sich nach den Grundsätzen des Landrechts schon ipso

---

20) I, 12, §§. 466, 467, verb. mit I, 21, §. 47. — Erk. des Obertr. vom 5. Januar 1804 (Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 32).

1) L. 27, §. 11; L. 51, 58 pr.; L. 59 pr.; L. 73, §. 1; L. 80 D. ad S.C. Trebellian.

2) A. L.R. I, 16, §. 481. Pr. des Obertr. 1989, vom 2. März 1848 (Präj.-Samml. I, S. 93).

3) A. L.R. a. a. O. §. 467, Worte: „oder dessen Erben". Vergl. §. 468. — Pr. des Obertr. 502, vom 6. August 1838 (Entsch. Bd. IV, S. 126).

jure vollzogen. Der Fideikommissar hat nun alle die Klagerechte, vermittelst welcher er sich den ihm noch fehlenden Besitz der körperlichen Bestandtheile der Erbschaft verschaffen kann, geradeso als wenn er von Anfang direkter Erbe gewesen wäre, gegen Jeden, mag der Besitzer der Fiduziar oder ein Dritter sein. — Der Fiduziar ist gehalten, die Ueberlieferung nach einem gehörig errichteten Inventarium zu leisten und nach der Meinung Mehrerer unter den gemeinschaftlichen Schriftstellern [4]) soll die Abforderung eines Inventariums nicht einmal von dem Erblasser mit rechtlicher Wirkung untersagt werden können. Das Landrecht läßt ein solches Verbot gelten und nimmt an, daß der Erblasser damit den Substituten nur auf das, was bei dem Ableben des Haupterben noch vorhanden sein wird, habe einsetzen wollen [5]). Daraus ist zu folgern, daß umgekehrt, wenn der Testator den Fideikommissar geradezu nur auf den beim Ableben des Haupterben noch vorhandenen Ueberrest substituirt hat, der Substitut nicht berechtigt sei, von dem Haupterben die Vorlegung eines Inventariums zu fordern [6]). Damit ist nicht ausgeschlossen, daß der Erbe des verstorbenen Fiduziars dasjenige, was noch vorhanden, zu manifestiren habe.

II. Besteht das Universalfideikommiß in einer Quote der Erbschaft, so steht dem Substituten nicht die hereditatis petitio gegen den Haupterben auf Ueberlieferung der fideikommissarischen Erbschaft zu, sondern er tritt mit dem Eintreffen des Substitutionsfalles zu dem Haupterben in das Verhältniß eines gleichzeitigen Miterben und kann nur von der Erbtheilungsklage Gebrauch machen [7]).

III. Der Fideikommissar tritt, wie gesagt, mit dem Eintreffen des Substitutionsfalles ipso jure als direkter Erbe in die Stelle des Haupterben, woraus entschieden folgt, daß er das Recht zu deliberiren hat [8]). Daß nach preußischem Rechte die Ueberlegungsfrist

---

4) Man stützt sich dafür auf L. 1, §. 4 D. usus fructus quemadmodum (VII, 9). — Andr. Gail, Obs., L. II, obs. 144, nr. 16; obs. 145, nr. 10 et 11. — Voet, Commentar. L. XXXVI, tit. 1, nr. 36 u. L. VII, tit. 9, nr. 2 und die dort angef. Schriftsteller.

5) I, 12, §. 471. Vergl. §§. 466, 467 mit I, 21, §§. 116—120.

6) Erk. des Obertr. vom 20. Juni 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 288). Was hiergegen aus dem praktischen Gesichtspunkte eingewendet worden ist, habe ich in m. Anm. 95 a zu §. 471 d. T. widerlegt. Der Fideikommissar hat gar nichts zu fordern, was ihm nicht der Testator zugedacht hat, und auch nicht unter anderen Modalitäten, als unter welchen es ihm zugedacht ist. Gefällt ihm das nicht, so kann ihn niemand zur Annahme zwingen.

7) L. 27, §. 11 D. ad S.C. Trebellian. (XXXVI, 1).

8) §. 5 Inst. de heredum qualitate (II, 19), verb. mit §. 9 Inst. de fideicommiss. hered. (II, 23).

vom Tage des bekannt gewordenen Eintritts des Substitutionsfalles laufe, ist schon vorhin (§. 118, Nr. I) gesagt. Auch die Rechtswohlthat des Inventariums kann ihm nicht abgesprochen werden, wenn er nur mit Vorbehalt angenommen hat; hat er ohne Vorbehalt angenommen, so muß er, wie ein direkter Erbe ohne Vorbehalt, über die Kräfte des Nachlasses hinaus haften. Die praktisch wichtige Frage hierbei ist nun, wie er sich das vorbehaltene beneficium inventarii erwerben und sichern soll, da er nicht sogleich in der Lage weil nicht im Besitz der Erbschaft ist, um ein Inventarium errichten und niederlegen zu können. Hat diese Vorschrift der Fiduziar beobachtet, so wird freilich das von ihm niedergelegte Inventarium auch dem Fideikommissar zu Gute kommen müssen; aber wenn der Fiduziar jene Vorsicht vernachlässigt? Man kann nicht sagen, der Fideikommissar habe ein Recht, den Fiduziar zur Errichtung eines Inventars anzuhalten: dies läßt sich vor dem Substitutionsfall bestreiten. Doch abgesehen davon kann ja die Vorlegung eines Inventars von dem Testator erlassen sein und dann wäre der Fideikommissar unzweifelhaft in jener mißlichen Lage. Diese Betrachtung führt dahin, anzunehmen, daß dem Fideikommissar die Frist zur Einreichung des Inventars erst von der Besitznehmung der Erbschaft an laufen dürfe. Das ist denn allerdings auch zu erlangen, indem das Gesetz den Richter ermächtigt, auf Anrufen des Erben, nach Prüfung der Gründe, die Frist zur Einreichung des Inventarii verhältnißmäßig zu verlängern [9]), im Falle die Ueberlieferung der Erbschaft dem Fideikommissar ungebührlich vorenthalten wird.

## §. 121.

### 5. Rechtliche Wirkungen bei einer fremden Verlassenschaft.

Hat der Testator seinem eingesetzten Haupterben aufgegeben, eine dem Erben von einem Dritten zugekommene Erbschaft [10]), oder die künftige Verlassenschaft des Erben selbst [11]), einer bestimmten Person ganz oder zum Theil herauszugeben; so muß der Auflage zwar genügt werden, aber der Fideikommissar kann dadurch doch nicht der Erbe des Testators, und auch nicht der Erbe des Fiduziars werden, ersteres nicht, weil er nicht zur Verlassenschaft des Testators berufen

---

9) I, 9, §. 425.

10) L. 27, §§. 9, 10 D. ad S.C. Trebellian.

11) L. 114, §. 7 D. de leg. I; L. 77, §. 25; L. 88, §. 16 D. leg. II; L. 15, §. 3 D. ad leg. Falcid. (XXXV, 2).

ist, letzteres nicht, weil nur der Erblasser selbst sich einen Erben ernennen kann, den einzigen Fall der Pupillar-Substitution ausgenommen. In den bezeichneten Fällen kann daher die Verordnung nur als ein Vermächtniß behandelt werden. Erfüllt der Haupterbe die Auflage in der Art, daß er Restitution einer Erbschaft, der Auflage entsprechend, anordnet, so wird dadurch der Fideikommissar nur der Erbe oder Legatar des Fiduziars, nicht aber der des Fideikommittenten.

## Zweiter Abschnitt.
## Von Singular-Fideikommissen.

### §. 122.
### A. Gewöhnliche Singular-Fideikommisse.

Ein Singular-Fideikommiß d. h. eine letztwillige Zuwendung, deren Gegenstand eine einzelne Sache, oder eine Summe, oder ein einzelnes Recht ist, kann jedem im letzten Willen Bedachten auferlegt werden, also nicht bloß, wie bei Legaten, dem Erben, sondern auch einem Legatar. Ist der zweite Fall vorhanden, so steht der Legatar gegen denjenigen, an welchen er den Gegenstand weiter abgeben soll, in dem Verhältnisse eines Erben [1]), auch ist hier in der fideikommissarischen Substitution zugleich die gemeine enthalten, dergestalt, daß, wenn der Hauptlegatar ausfällt, der Unterlegatar (Fideikommissar) ipso jure in dessen Stelle, also in ein unmittelbares Verhältniß zu dem Erben tritt. Die Praxis hat diesen Grundsatz sogar in einem Falle angewendet, wo das Vorhandensein des Hauptlegatars noch ungewiß, das Unterlegat aber fällig war: man erkannte dem Unterlegatar hier, wol folgerichtig, das Recht zu, sich wegen Ausantwortung seines fälligen Unterlegats direkt an den Erben zu halten [2]). Denn mit dem Eintritte des Substitutionsfalles war der Fideikommissar ipso jure Eigenthümer des Legats geworden und konnte mit der actio legati oder Vindikation unter denselben Voraussetzungen, unter welchen solches der Hautlegatar würde haben thun können, den Gegenstand von dem Besitzer abfordern. — Uebrigens werden die dem Erben unter dem Namen von Singularfideikommissen gemachten Auflagen durchgehends wie Legate behandelt und auf die Unterlegate kommen im Allgemeinen die Grundsätze über die Universal-Fideikommisse zur Anwendung [3]).

---

1) A. L.R. I, 12, §. 293.

2) Erk. des Obertr. v. 4. Januar 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 219).

3) Beide Arten sind immer zusammengefaßt. Vergl. I, 12, §§. 53, 466, 467, 468 verb. mit §. 293; §§. 472, 544.

## B. Von Familienstiftungen und Familienfideikommissen.

A. L.R. Th. I, Tit. 12, §§. 475, 476, 525, 532, 533; Th. II, Tit. 4.

### §. 123.

### I. Begriff im Allgemeinen.

I. Familienstiftung und Familienfideikommiß ist eine Art Vermächtniß, welches der Stifter einer Familie auf immerwährende Zeiten (fideicommissum perpetuum) oder auf eine bestimmte Reihe von Geschlechtsfolgen (fideicommissum successivum) hinterläßt. Gewöhnlich ist die begünstigte Familie die eigene des Stifters, sie kann aber auch eine ihm fremde sein. Das römische Recht spricht nur von Familienfideikommissen für die eigene Familie des Testators, kennt auch nur die Errichtung durch einseitige letztwillige Verordnung und läßt das Fideikommiß mit der vierten Restitution erloschen sein [1]). Davon ganz verschieden sind die deutschen Familienfideikommisse, welche ihren Ursprung in der Bedeutung des altdeutschen Stammguts haben [2]).

II. Das Landrecht, welches in dieser Lehre das beschränkte römische Recht verlassen hat und sich an das deutsche Herkommen anlehnt, unterscheidet zwei Spezien von Familienfideikommissen: die Familienstiftung und das Familienfideikommiß, deren Unterschied nur in dem Gegenstande und dem damit beabsichtigten Zwecke liegt.

1. Dieser Zweck ist bei Familienstiftungen die Unterstützung dürftiger Familienglieder, daher gewisse Einkünfte und fundirte Hebungen als geeignete Mittel dazu angesehen werden, ohne daß Grundstücke dem gemeinen Verkehr entzogen zu werden brauchen, da dergleichen Einkünfte durch Renten oder Hypotheken gesichert werden können. Demgemäß versteht das Landrecht „unter Familienstiftungen hier Anordnungen, wodurch Jemand gewisse Hebungen von bestimmten Grundstücken oder Kapitalien für eine Familie aussetzt und anweiset," auch erachtet dasselbe es für eine Familienstiftung, „wenn Jemand die Ausübung gewisser Vorrechte und Befugnisse einer Familie verschafft und zueignet [3])." Eine solche Familienstiftung hat von selbst die Eigenschaft einer juristischen Person, ohne daß es,

1) Retes, Praelect. de fideicommisso perpetuo familiae relicto, in Meermann, Thes., Tom. VII, pag. 625 seqq. — Voet, Commentar. ad Pand., L. XXXVI, tit. 1, nr. 27 — 33.

2) Moshamm, Entwickelung der rechtlichen Verhältnisse der deutschen Geschlechtsfideikommisse. München 1816.

3) II, 4, §§. 21, 22.

außer ihrer in vorschriftsmäßiger Form erfolgten Errichtung, einer besonderen Verleihung dieser Eigenschaft bedarf, und kann als solche, soweit der Zweck der Stiftung es erfordert, Rechte auf ihren Namen erwerben und durch ihren Vorstand als Rechtssubjekt handeln[4]).

2. Das beständige Familien-Fideikommiß bezweckt die Erhaltung eines berühmten Namens und den Glanz der Familie. Daher muß dasselbe die Substanz des Vermögens, welches der Gegenstand ist, erfassen, und wesentlich untheilbar sein, um den ganzen Reichthum in Einer Hand zusammen zu halten, womit denn auch die Unveräußerlichkeit der Substanz geboten ist.

## §. 124.

### II. Errichtung.

#### 1. Gemeinsame Grundsätze.

Familienstiftungen wie Familienfideikommisse ist nach neuem Rechte jeder Einwohner des Staats insoweit, als er überhaupt über sein Vermögen verfügen kann, zu gründen berechtigt; das frühere Gesetz, daß aus adeligen Gütern allein der Adel Familienfideikommisse errichten dürfe, ist aufgehoben[1]). Die äußere Form der Errichtung ist für beide Arten die gleiche; die Besonderheiten bei jeder derselben werden in dem folgenden Paragraphen (§. 125) vorgetragen. — Das Landrecht bezeichnet drei Begründungsformen: Verträge, einseitige Verfügungen unter Lebenden, und letzte Willensverordnungen[2]). Die „einseitigen Verfügungen unter Lebenden" können andere Rechtsgeschäfte nicht sein als einseitige Erbverträge, d. h. Verträge, in welchen derjenige, welcher bei einem Testamente der Fideikommittent sein würde, dem anderen Theile ein bestimmtes Landgut (oder Kapital) mit der Bestimmung zusichert, daß dasselbe für alle Zeiten bei dessen Familie verbleiben und sich von Generation zu Generation forterben solle, und daß dieser die Zusicherung acceptirt. Damit allein würde jedoch ein Geschäft unter Lebenden noch nicht hergestellt sein. Denn die durch die Acceptation begrün-

---

4) K.O. vom 23. Mai 1845 (J.M.Bl. S. 178).

1) A. L.R. II, 4, §§. 28, 47 ff. — II, 9, §. 40; Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850, Art. 4.

2) II, 4, §§. 28 u. 62. Dieser §. 62, welcher infolge des Art. 40 der Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850, worin die Stiftung von Familienfideikommissen untersagt worden, weggefallen war, ist durch die Aufhebung dieses Verbotes mittelst G. v. 5. Juni 1852 (G.S. S. 319) wieder hergestellt. In der neuen Ausg. meines A. L.R. steht der §. 62 u. 63 aus Versehen noch als aufgehoben vermerkt.

dete Unwiderruflichkeit macht die Rechtshandlung noch nicht zu einem Geschäfte unter Lebenden; der einseitige Erbeinsetzungsvertrag ist auch unwiderruflich und doch kein negotium inter vivos: hierzu gehört, daß der Begünstigte durch das Geschäft alsogleich ins Leben tretende, gegenwärtige Rechte erwerbe; außerdem ist dasselbe eine Anordnung von Todeswegen. Die in Rede stehende einseitige Verfügung unter Lebendigen setzt sonach voraus, daß der andere Vertragstheil als erster Fideikommißbesitzer sofort, d. h. ohne daß erst der Tod des Gebers abgewartet werden soll, in den Besitz und Genuß des Gegenstandes gesetzt werden soll; die Einseitigkeit liegt dabei nur darin, daß dem Eingesetzten keine Gegenleistung obliegt. — Unter dem **Vertrage**, im Gegensatze zur einseitigen Verfügung unter Lebendigen, hat man wol an den Fall gedacht, wenn mehrere Personen in einem wechselseitigen Erbeinsetzungsvertrage festsetzen, daß und wie ihre Nachkommen in das **gemeinschaftliche** Vermögen von Generation zu Generation succediren sollen; denn durch die bloße Zuziehung und Zustimmung derjenigen Personen, welche mit ihren Nachkommen zum Fideikommiß berufen werden, wird weder eine Wechselseitigkeit des Vertrages bewirkt, noch ist der Konsens oder richtiger eine Acceptation dieser Personen überhaupt zur Gründung des Fideikommisses erforderlich: die gründende Kraft liegt ausschließlich und lediglich in dem einseitigen Willen des Eigenthümers und resp. Stifters, nur er allein kann sich einen Nachfolger ernennen und dabei bestimmen, wer ihm von seinen Nachkommen und in welcher Weise folgen soll. Die Zustimmung des Berufenen thut hierzu gar nichts, sie giebt ihm nur den Vortheil, daß der Stifter nicht widerrufen kann, aber er, der Konsentirende oder vielmehr Acceptirende selbst, übernimmt damit gar keine Verpflichtung zur Annahme des Fideikommisses, weder bei der vertragsmäßigen noch bei der testamentarischen Errichtung; die Verpflichtungen, welche ihm später als Fideikommißbesitzer obliegen, entspringen nicht aus dieser Acceptation, sondern aus seiner von ihm angenommenen Succession, weil er keine anderen Rechte erlangt als ihm die vom Stifter vorgeschriebenen Modalitäten gewähren. Uebrigens haben auch bei dieser vertragsmäßigen Begründung die Stifter selbst noch das Fideikommiß ins Leben zu rufen. — Geschieht die Anordnung durch Testament, so liegt die Vollziehung dem Erben ob, so wie in den beiden anderen Fällen, wenn in diesen nicht schon der Stifter selbst noch das Erforderliche hat veranstalten können. Enthält die letzte Willensverordnung keine Erbeseinsetzung, so tritt der Intestaterbe als Belasteter ein.

Außer der Anordnung in einer dieser Formen muß aber, bei Vermeidung der Nichtigkeit der ganzen Stiftung, noch besonders eine Stiftungsurkunde, mit Zugrundelegung jener Willenserklärung, gerichtlich verlautbart werden, und zwar bei Familienstiftungen vor dem ordentlichen persönlichen Richter des Stifters, und bei Familien-Fideikommissen vor dem Appellationsgerichte des Bezirks, in welchem der Stifter seinen Wohnsitz hat; die Verlautbarung vor dem Richter der Sache findet nicht mehr statt [3]). Die Verlautbarung hat im Falle der vertragsmäßigen Errichtung zunächst der Stifter zu bewerkstelligen; wenn er sie aber nicht selbst mehr bewirkt hat, oder wenn die Anordnung durch Testament getroffen ist, so müßte, sollte man denken, der Erbe die Stiftungsurkunde verlautbaren; es ist aber vorgeschrieben: diese Verlautbarung muß durch den Vorsteher der zum Genusse der Stiftung berufenen Familie besorgt werden [4]). Das „muß" drückt ohne Zweifel eine rechtliche Nothwendigkeit, eine Verpflichtung des Vorstehers zu einer Handlung, Besorgung genannt, aus, aber worin diese Geschäftsbesorgung bestehen solle, ist nicht ausgemacht. Man hat sie von einer Seite aufgefaßt als die persönliche Erklärung des Vorstehers d. h. als die eigene Verrichtung der Verlautbarung vor dem kompetenten Richter. Wäre das richtig, so würde der Vorsteher, wie ein direkter Erbe, den Erblasser oder Stifter repräsentiren und zwei Rechtssubjekte, deren Interesse ein gegenseitiges ist und daher kollidirt, vorstellen. Soll daher die Vorschrift einen juristischen Sinn haben, so muß unter der dem Vorsteher aufgelegten Besorgung der Auftrag verstanden werden, den Erben anzuhalten, die solenne Urkunde zu errichten. Weigert sich der Erbe, den letzten Willen des Stifters hierin zu erfüllen, so muß er dazu gezwungen werden, in derselben Weise, wie der Zwang gegen einen Paciscenten durchgeführt wird, welcher den förmlichen Vertrag auf Grund der Punktation nicht vollziehen will [5]). Nun sagt zwar der §. 32 d. T.: „So lange die Stiftungsurkunde nicht gerichtlich verlautbart worden, soll keine Klage daraus angenommen werden." Dadurch ist die Sache in dieselbe Lage versetzt, in welcher sich die römischen Fideikommisse befanden, bevor sie den Legaten, beziehungsweise den Erbeseinsetzungen gleichgestellt wurden; dem Fideikommissarius fehlte gleichfalls ein ordentliches Rechtsmittel, um den

---

3) A. L.R. a. a. O. §. 29 u. G. vom 5. März 1855 (G.S. S. 155).

4) A. L.R. a. a. O. §. 30. Wer als Vorsteher anzusehen sei, bestimmen die §§. 10, 11.

5) A. L.R. I, 5, §§. 122, 123.

Erben zur Restitution zu zwingen, aber auf dessen Anrufen schritt die Obrigkeit unmittelbar, ohne ein förmliches prozessualisches Verfahren, mit Zwang gegen den Erben ein. (Oben, §. 118.) Das kann auch nach preußischer Rechtsverfassung geschehen, in der Weise, daß die Stiftungsbehörde im Wege der Verwaltung Jemanden beauftragt, Namens des widerspenstigen Erben die solenne Stiftungsurkunde, dem Inhalte der Anordnung des Stifters gemäß, zu verlautbaren [6]). Auf testamentarische Errichtungen paßt diese Formvorschrift überhaupt gar nicht; die auf das Testament gepfropfte Stiftungsurkunde ist auch ganz nutz- und zwecklos, denn bei einem entstehenden Streite darüber: welche Gegenstände der Stiftung gewidmet sein sollen, oder welche Personen und unter welchen Modalitäten und Voraussetzungen sie zur Theilnahme berufen seien, gilt sie als ein bloßes documentum referens für gar nichts; ausschließlich entscheidend ist die Original-Willenserklärung des Stifters selbst.

Ein weiteres wesentliches Erforderniß zur Rechtsgültigkeit der Stiftung ist die Bestätigung der verlautbarten Stiftungsurkunde durch ebendenselben Richter, vor welchem sie verlautbart werden muß [7]); landesherrliche Genehmigung ist nicht erforderlich [8]).

## §. 125.

### 2. Besonderheiten.

I. Bei Familien-Stiftungen ist der Betrag der ihnen gewidmeten wiederkehrenden Hebungen aus einem Grundstücke oder einem Kapitale, oder der Geldwerth der Vorrechte und Befugnisse, welche den Gegenstand der Widmung ausmachen, weder durch ein Minimum noch Maximum begrenzt, weil dabei die Staatsgesellschaft kein Interesse hat. Denn Niemand kann verhindert werden, auch mit geringen Gaben zu helfen, und große Gaben sind um so willkomme-

---

6) In ähnlicher Weise ist das Stadtgericht zu Berlin verfahren in dem Falle, welcher in den Entsch. des Obertr. Bd. LI, S. 268 und in den Rechtsf. Bd. LII, S. 360 mitgetheilt ist. Das Erk. des Obertr. vom 15. April 1864 ist materiell richtig, trägt aber zur Klärung der Rechtslage nichts bei.

7) II, 4, §§. 29, 62, 63. — Erk. des Obertr. vom 10. März 1762 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLV, S. 113).

8) Nach Provinzialrechten, namentlich nach schlesischem, war sie früher erforderlich. Darauf bezieht sich der §. 87, I, 18: „Ueberhaupt ist zur Bestellung neuer adliger Lehen, sowie bei Fideikommissen, die ausdrückliche Einwilligung des Landesherrn — erforderlich." Mit dem „sowie" ist nicht etwa diese Einwilligung für Fideikommisse vorgeschrieben, sondern es ist zurückverwiesen auf diejenigen Rechtsverfassungen, nach welchen sie erforderlich ist. So, wie es danach mit Fideikommissen gehalten wird, soll es dort auch mit Lehen gehalten werden. Der §. 87 ist jetzt eine Antiquität.

ner, zumal die Gegenstände in keiner Beziehung dem gemeinen Verkehr entzogen, die vertheilten Hebungen von den Empfängern nach Gefallen verwendet werden, und der Grundstock, aus welchem die Hebungen und Vortheile fließen, nach Belieben gewechselt werden kann; werden die Renten abgelöst, was nach neuerem Rechte zulässig ist, so wird das Ablösungskapital anderweit angelegt. Die Successionsordnung oder eigentlich die Ordnung, in welcher, und die Voraussetzungen wie Modalitäten, unter welchen die einzelnen Familienglieder an den jährlichen Einkünften theilnehmen sollen, kann der Stifter nach Gutfinden vorschreiben und, insoweit er dieses zu thun unterlassen hat, entscheidet die gewöhnliche Intestaterbfolge, bezogen auf den gemeinschaftlichen Stammvater (Stifter) der berufenen Familie [1]). Nur sind Auslegungsregeln für zwei Fälle gegeben. a) Hat der Stifter eine gewisse namentlich bezeichnete Familie zum Genusse der Stiftung berufen, so sollen diejenigen, welche zwar zur Verwandtschaft gehören, aber nicht den Familiennamen führen, für ausgeschlossen zu achten sein [2]). Damit werden die weiblichen Familienmitglieder, welche durch Heirath in eine andere Familie übergehen, sowie diejenigen, welche lediglich durch Weiber mit der Familie verbunden sind, getroffen; durch Adoption wird der Familienname nicht eingebüßt. Ein weibliches Familienmitglied, welches durch Heirath seinen Familiennamen verloren hat, demnächst aber nach einer unverschuldeten Scheidung denselben rechtmäßig wieder annimmt, wird dadurch des Mitgenusses wieder theilhaft werden. b) Hat der Stifter in allgemeinen Ausdrücken, zum Besten seiner Verwandten, Nachkommen u. s. w. verordnet: so sollen auch (verheirathete?) Verwandte weiblichen Geschlechts, und diejenigen, welche durch sie zu der Familie gehören, an der Stiftung Theil nehmen [3]).

II. Mit dem Familien-Fideikommiß verhält es sich anders. Zwar ist es nicht zweifelsfrei, daß das deutsche Familien-Fideikommiß nichts anderes sei, als die Erklärung eines Familienhauptes, daß er die romanistischen und sonstigen modernen Successions-Prinzipien von seinem Nachlasse entfernt halten, und in denselben nach älteren deutschen Grundsätzen succedirt wissen wolle; welche Erklärung

---

1) II, 4, §§. 34, 35. Auf Familienfideikommisse findet dies keine Anwendung, weil dort subsidiarisch eine besondere Successionsordnung vorgeschrieben ist. Erk. des Obertr. von 1839 (Ulrich, Archiv, Bd. XI, S. 213).

2) A. L.R. a. a. O. §. 36.

3) Ebenda §. 37.

er, da römische Formen einmal allgemein üblich geworden, in die Form eines römischen Universal-Fideikommisses kleide, indem er seinem zunächst berufenen Successor auferlege, daß er die Erbschaft bei seinem Tode an denjenigen restituire, welcher nach eben jener Ordnung ihn, den ersten Successor, beerbt haben würde, und so von Grad zu Grad weiter[4]). Denn der Gegenstand des Familien-Fideikommisses ist niemals eine Erbschaft oder ein Nachlaß, folglich auch kein Universal-Fideikommiß gewesen und könnte es jedenfalls in den weiteren Graden nicht bleiben, auch sind die auf die heutigen Familienfideikommisse angewendeten älteren deutschen Grundsätze nicht die altdeutschen Successions-Prinzipien in den Nachlaß eines Verstorbenen überhaupt, sondern es sind die mehr oder minder willkührlich modifizirten Grundsätze über die Nachfolge in s. g. Stammgüter, welche Grundsätze keineswegs allgemein bei der Succession in liegende Gründe oder in fahrende Habe in Geltung waren. Allein das ist richtig, daß die Dynasten ihr zusammengebrachtes Besitzthum gegen die durch das eindringende römische Recht und die Lehren der vom deutschen Stammgute und Herkommen nichts wissenden romanistischen Doktoren drohende Zersplitterung zu schützen suchten, wozu sie sich der eigenen Grundsätze des zersetzenden römischen Rechts bedienten, indem sie auf Anrathen ihrer Rathgeber durch Pakta und testamentarische Dispositionen alle Veräußerungen verboten, welche Anordnungen für gültig gehalten wurden, weil sie die Kraft eines Fideikommisses hätten[5]), woher auch der Name rührt. Ursprünglich waren demnach die heutigen Familienfideikommisse nicht anderes als Verbote der Veräußerungen von Liegenschaften; die Succession des Mannsstammes war selbstverständlich, die Erbverzichte der Töchter waren überflüssige Erfindungen, um auf römisches Recht gegründete Ansprüche derselben von vornherein abzuschneiden. Erst später hat sich daraus das heutige einem vergangenen Zeitalter angehörige, jetzt nur noch künstlich gehaltene[6]) Insti-

4) So definirt Witte, Intestaterbrecht, §. 59, S. 197.

5) Nic. Betsius, Tr. de statutis, pactis et consuetudinibus familiarum illustrium et nobilium, illis praesertim, quae jus primogeniturae concernunt. Fcf. 1611, 1661; et cum praefat., summariis et indice cura Jo. Schilteri, Argent. 1699, cap. 4, §. 17, p. 38: „Porro si ultima voluntate res familiares alienari prohibeantur, erit hujusmodi prohibitio realis, et alienatae a quovis possessore repeti potuerunt, ut ex textu in L. filiusfam. 114 §. divi et §. cum pater D. de legatis I. et ibi tradunt Doctores. Idem est si pactum factum sit in consequentiam praecedentis dispositionis vel ultimae voluntatis, tunc enim sicut ipsa ultima voluntas res afficiet, ut tradit Bartolus in L. fin. C. de pactis, quem communiter Doctores sequuntur."

6) Die Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850, Art. 40 hatte die Stiftung neuer

tut als ein solches entwickelt und auf den niedern Adel, jetzt nun auch auf alle Staatsbürger als ein künstliches Mittel ausgebreitet, die zusammengebrachten Reichthümer des Stifters in Einer Hand zusammen zu halten, um dem Namen des Trägers einen dauernden Glanz zu verleihen. Dieser Zweck fordert denn natürlich, daß der Gegenstand ein befestigter, dauernder, und bleibend einträglich genug sei, um den einen gewissen äußeren Glanz verleihenden Aufwand bestreiten zu können. Daraus folgt die Nothwendigkeit, ein Minimum festzustellen, unter welchem, nach der Ansicht des Gesetzgebers, das Institut sich nicht erhalten kann. Andererseits soll es vermieden werden, allzugroße Reichthümer dem gemeinen Verkehr zu entziehen, man soll also der zu großen Anhäufung des Besitzthums zur todten Hand eine Grenze setzen. Daraus folgt die Bestimmung eines Maximums. Weiter ist zur Erreichung des Zweckes erforderlich, daß die gemeinrechtliche Erbfolge ausgeschlossen sei, damit Versplitterung verhindert werde. Hierauf gründen sich die nachstehend ohne eingehende Erörterung kurz angegebenen besonderen Erfordernisse zur Errichtung eines beständigen Familienfideikommisses.

1. Der Gegenstand, wenn er dem Zwecke entsprechen soll, müßte von dauerndem Werthe und derartig sein, daß sein Besitz dem Fideikommißinhaber ein gewisses Ansehen zu verleihen geeignet wäre. Das können nur große freie Landgüter. Bloßes Kapitalvermögen, ein s. g. Geldfideikommiß, machen den Fideikommißbesitzer zu einem bloßen Pfründner, welcher in den Augen des Publikums weit unter einem gewöhnlichen Rentner, der auch über das Kapital zu verfügen Macht hat, steht. Ein bloßes Geldfideikommiß ist daher eine Abart von Familienfideikommiß. Das Landrecht hat jedoch dasselbe eingeführt.

2. Ein zum beständigen Familienfideikommiß gewidmetes Landgut muß zur Zeit der Errichtung, d. h. Verlautbarung und Bestätigung der Stiftungsurkunde, mindestens einen reinen Ertrag von 2500 Thlr., nach einem landüblichen Wirthschaftsanschlage, gewähren; der Mangel des Vorhandenseins des erforderlichen Reinertrages kann, wenn die Bestätigung aus diesem Grunde versagt wor-

Familienfideikommisse untersagt und die Umgestaltung der bestehenden in freies Eigenthum angeordnet. Dieses Prinzip ist durch das G. v. 5. Juni 1852 (G.S. S. 319) wieder unterdrückt. Der Witte'sche Panegyrikus auf das veraltete Institut (Erbrecht §. 60) und der Ausdruck der „innigen Freude über solche Rückkehr zu den besseren Tendenzen" durch das bestätigte Statut der Stiftung für die rheinische Ritterschaft vom 28. Februar 1837 (ebd. S. 198, Note 3) wird den natürlich fortrollenden Wagen der Zeit und die mit sich führenden Veränderungen in ihr nicht hemmen; rückwärts schieben läßt er sich nimmer.

den ist, durch eine späterhin etwa eintreffende Erhöhung des Ertrages nicht gehoben werden [7]). Dieser Ertrag darf auch nicht mit Hypothekenzinsen oder Abgaben an Familienmitglieder oder Fremde belastet sein. Nur mit Prästationen zum Besten der Kinder des Besitzers, zur Ansammlung eines Reservefonds für Unglücksfälle und zur Erweiterung und Verbesserung des Fideikommisses, kann der Ertrag bis zur Hälfte der Normalsumme im Stiftungsbriefe belegt werden, so daß dem Besitzer wenigstens 1250 Thlr. frei bleiben [8]). Gewährt das zum Fideikommiß bestimmte Grundstück an sich den normalmäßigen Ertrag nicht, so kann das Fehlende durch untrennbare Zuschlagung eines Kapitals ergänzt werden [9]). Diesem Hauptbestandtheile können nach Belieben Häuser und Gebäude, Mobilien, auch wenn sie nicht zum Landbaue und zur Viehzucht gebraucht werden können, insbesondere eine Bibliothek und Gemäldesammlung, sowie Kostbarkeiten zugeschlagen, d. h. als Bestandtheile einverleibt werden [10]), auch von jedem Besitzer. — Dagegen darf die Vergrößerung den reinen Ertrag von 10,000 Thlr. nicht übersteigen, sowie auch von Anfang kein Fideikommiß für eben dieselbe Familie gestiftet werden darf, dessen Ertrag diese Summe übersteigt, es sei denn, daß dazu die besondere landesherrliche Genehmigung erlangt würde; theilt sich aber die Familie in mehrere Linien, so kann für jede derselben ein besonderes Fideikommiß innerhalb der bestimmten Ertragssummen, ohne solche besondere Genehmigung, gestiftet werden [11]).

Zu einem bloßen für sich allein bestehenden Geldfideikommiß ist ein Kapital von 10,000 Thlr. für hinreichend erklärt, eine Summe, von deren Zinsen, zumal nach dem jetzt üblichen niederen Zinsfuß, kein gar hell strahlender Familienglanz ausgehen kann, zumal darauf, wie die Praxis annimmt, das Verbot der Belastung der Einkünfte aus Gütern ([8]) keine analoge Anwendung findet [12]).

3. Der Stifter muß eine besondere, von den Regeln der gesetzlichen Erbfolge dergestalt abweichende Successionsordnung vorschreiben, nach welcher ein dazu gewidmetes einzelnes Landgut immer

7) A. L.R. II, 4, §. 51. — Pr. des Obertr. 2631, vom 11. Juni 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 43).

8) A. L.R. a. a. O. §§. 52—54.

9) Ebenda §. 55.

10) Ebenda §§. 60, 61. Vergl. Erk. des Obertr. v. J. 1831 (Schles. Arch. Bd. II, S. 188).

11) Ebenda §§. 56—58.

12) Ebenda §. 59. — Pr. des Obertr. 1936, vom 11. November 1847 (Rechtsf. Bd. III, S. 117).

nur Einem aus der Familie zu Theil werde; läßt er es ausdrücklich oder stillschweigend bei der gesetzlichen Erbfolge, so ist die Stiftung nur als eine gewöhnliche fideikommissarische Substitution zu betrachten, welche mit der zweiten Restitution erlischt, so daß das Fideikommiß in den Händen des zweiten wirklich in Besitz kommenden Substituten dessen freies Eigenthum geworden ist[13]). Ebenso ist die, ursprünglich zur Errichtung eines Familienfideikommisses genügende (5), Anordnung, daß gewisse Güter beständig bei der Familie des Stifters bleiben sollen, keine gültige Stiftung eines Familienfideikommisses nach preuß. Rechte[14]). Besteht das Fideikommiß aus mehreren abgesonderten Landgütern, so kann der Stifter eine Theilung (Trennung?) derselben unter mehreren Linien, sowohl von Anfang an, als bei künftig vorkommenden Successionsfällen anordnen, vorausgesetzt, daß jeder solcher Antheil, für sich allein, seinem künftigen Besitzer den normalmäßigen reinen Ertrag gewähren kann[15]).

Die Successionsordnung, wonach jedesmal der Aelteste aus der Familie zur Succession gelangen soll, ist für die Zukunft in dem Falle, wenn der Gegenstand ein Landgut ist, untersagt, außerdem hat es bei der von dem Stifter vorgeschriebenen Ordnung sein Bewenden[16]). Das Landrecht giebt dazu subsidiarisch eine Reihe von Auslegungsregeln und Erklärungen[17]), auf welche näher einzugehen das praktische Bedürfniß fehlt. — Weibliche Nachkommen und männliche Nachkommen durch Weiber sind nicht successionsfähig, wenn sie nicht in der Stiftungsurkunde berufen sind; vielmehr wird das Fideikommiß in den Händen des letzten männlichen Descendenten des ersten Erwerbers[18]) freies eigenthümliches Vermögen[19]); auf die Seitenverwandten des Stifters resp. des ersten Fideikommissars geht das Fideikommiß nicht über, es ist überall nur von der Folge der „Descendenten" und „Nachkommen" die Rede[20]). Hat aber der Stifter auch die weibliche Descendenz zum Fideikommiß berufen, und für dieselbe eine Successionsordnung nicht bestimmt, so schreibt das Landrecht subsidiarisch die Folge nach der Ordnung der

13) Ebenda §§. 135, 141, 142. Anders nach gemeinem Recht.

14) Erk. des Obertr. vom 23. Oktober 1847 (Schles. Arch. Bd. II, S. 174). Vergl. Erk. dess. vom 4. Oktober 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XV, S. 65).

15) A. L.R. a. a. O. §§. 143, 144.

16) Ebenda §§. 135, 140.

17) Ebenda §§. 145 u. flg.

18) „Stifters" kann man nicht sagen, denn man kann ein Familienfideikommiß für eine fremde Familie stiften.

19) A. L.R. a. a. O. §. 189.

20) Ebenda §§. 139, 172, 189, 190, 199.

Erstgeburt (Primogenitur) vor und beruft die erstgeborene Tochter (Erbtochter) des letzten Besitzers, und deren männliche Nachkömmlinge, oder, falls dieselbe ohne dergleichen Nachkommen vorher verstorben wäre oder nachher verstürbe, die Zweite Tochter desselben und deren männliche Nachkommen zur Succession, schließt also die s. g. Regredienterbschaft, jedoch mit einer Ausnahme, aus[21]). Lebt nämlich bei dem Tode des letzten männlichen Descendenten von dem Stifter noch die älteste Tochter des Stifters (resp. des ersten Besitzers, wenn der Stifter ein fremder ist); so gelangt diese vor der Zweiten Tochter des letzten Besitzers zum Besitze des Fideikommisses, auch wenn sie alsdann noch keine successionsfähige männliche Nachkommen hätte; stirbt sie aber ohne dergleichen Nachkommen, so geht die Succession auf die Zweite Tochter rc. des letzten Besitzers, und deren männliche Nachkommen, über[22]). Sind bei dem Ableben des letzten von dem ersten Erwerber herstammenden männlichen Abkömmlings keine Töchter und keine successionsfähige Descendenten vorhanden oder sterben seine Töchter alle ohne dergleichen Nachkommenschaft, so geht das Fideikommiß auf die anderen von dem Stifter resp. ersten Erwerber durch Weiber abstammenden männlichen Descendenten über[23]).

4. Wenn in einer Familie mehrere Fideikommisse (Sekundogenitur, Tertiogenitur rc.) vorhanden sind, so gilt, in Ermangelung einer deutlichen Bestimmung in der Stiftungsurkunde, überhaupt die Regel, daß dieselben, so lange mehrere Linien vorhanden sind, nie in Einer Linie, und in derselben Linie, so lange mehrere Personen darin vorhanden sind, nie in Einer Hand zusammen kommen dürfen. Wenn also die im Besitze des zweiten Fideikommisses befindliche Linie ausstirbt, so geht die Succession in dasselbe nicht auf diejenige Linie, in der sich das erste Fideikommiß befindet, sondern auf die zunächst folgende Linie über[24]). Diese Regel findet

a) in dem Falle, wenn die Fideikommisse alle von ebendemselben Stifter herkommen, folgende Anwendung.

aa) Erlischt die Erste Linie, so fällt deren Fideikommiß an die Zweite Linie; befindet sich diese schon im Besitze einer Sekundogenitur, so hat sie die Wahl, ob sie dasselbe annehmen und dagegen das bisher besessene abgeben, oder das letztere behalten wolle. Im zweiten Falle geht das erledigte Fideikommiß an ihr vorüber an die Dritte

21) Ebenda §§. 190—193, 196—199.

22) Ebenda §§. 194, 195. Der Grundsatz: femina semel exclusa semper exclusa gilt hier also nicht.

23) Ebenda §§. 199—202.

24) Motive der Ges.-Rev. Pens. XVI, S. 148.

Linie, und wenn auch diese in dem Besitze einer Tertiogenitur ist und darin bleiben will, an die Vierte Linie u. s. w.; in dem ersten Falle geht das bisher im Besitze der Zweiten Linie gewesene Fideikommiß an die Dritte, Vierte Linie u. s. w.

bb) Geht die Zweite Linie aus oder kommt sie in den Besitz der Primogenitur; so gelangt deren Sekundogenitur an die Dritte, eventuell Vierte ꝛc. Linie und sofort, nach gleichen Grundsätzen auch die Tertiogenitur an die nächstfolgende jüngere (Vierte ꝛc.) Linie.

cc) Sind alle von dem Stifter resp. ersten Erwerber herstammende Linien bis auf Eine erloschen, so kommen zwar in dieser sämmtliche Fideikommisse zusammen; sind aber in derselben Nebenäste vorhanden, so fällt das Zweite Fideikommiß an denjenigen Ast, welcher nicht im Besitz des Ersten Fideikommisses, jedoch zur Succession in dasselbe, nach den Grundsätzen der Primogenitur, im Verhältniß gegen den Stifter resp. ersten Erwerber am nächsten ist; das Dritte Fideikommiß fällt an den zweitnächsten Ast u. s. w. — Sind keine Nebenäste vorhanden, so erhält der Besitzer des Ersten Fideikommisses auch das Zweite, Dritte ꝛc. und behält sie so lange, bis wieder mehrere Linien entstehen: dann bleibt das Erste Fideikommiß bei der erstgeborenen Linie, und das Zweite, Dritte u. s. w. verfällt an die nachgeborenen[25]).

b) Ist für eine schon mit einem Fideikommiß versehene Familie von einer, von dem Stifter desselben verschiedene Person ein besonderes Fideikommiß errichtet, so wird bei der Successionsordnung in dieses auf jenen Ersten Stifter und das Verhältniß der Personen und Linien gegen denselben keine Rücksicht genommen. Soll das von dem Zweiten Stifter herkommende Fideikommiß, nach seiner Anordnung, bei Erlöschung der dazu berufenen Linien in der Familie bleiben, so gelangt dasjenige Familienmitglied zur Succession, welches dem letzten Besitzer aus diesen Linien dem Grade nach am nächsten ist, wenn auch dasselbe schon im Besitze des ersten Fideikommisses sich befindet, wobei das gesetzmäßige Maximum des Ertrages kein Hinderniß ist. Hat der Zweite Stifter die Vereinigung beider Fideikommisse in Einer Hand untersagt, so wird das Zweite Fideikommiß wie eine Sekundogenitur behandelt[26]).

5. In der ganzen Fideikommißsuccession wird bei Beurtheilung der Frage: wer unter den vorhandenen und schon erzeugten wenn auch noch nicht geborenen Successionsfähigen der Nächste zur Suc-

---

25) A. L.R. a. a. O. §§. 165—178.

26) Ebenda §§. 179—187.

cession sei, auf den Zeitpunkt des Todes des letzten Besitzers gesehen; die innerhalb des 302ten Tages nachher Geborenen werden als zur Zeit des Todes bereits Erzeugte angesehen[27]), was bei Minoraten wichtig ist.

### III. Rechtliche Wirkungen.

### §. 126.

#### 1. In Ansehung der berufenen Familie.

I. Bei Familienstiftungen wird die durch die Stiftung selbst zum Dasein gekommene juristische Person Eigenthümer der der Familie zugewendeten Vermögensgegenstände, welche, wenngleich dieselben nicht in der ganzen Verlassenschaft des Stifters, sondern nur in einzelnen Sachen, Summen und Rechten bestehen, in deren Händen eine universitas juris, ein selbstständiges Vermögen bilden, dessen Einkünfte unter die Mitglieder der Familie, nach Vorschrift des Stifters, vertheilt werden; der Träger dieser juristischen Persönlichkeit ist die ganze Familie, d. i. der Inbegriff sämmtlicher dazu gehörigen Mitglieder; stirbt also die ganze Familie aus, so ist die juristische Person erloschen.

II. Bei eigentlichen Familien-Fideikommissen wird der erste Erwerber mit seinen Nachkommen, soweit diese zur Succession berufen sind, Eigenthümer der dem Fideikommiß gewidmeten Gegenstände; der jedesmalige Besitzer hat den Genuß und die Verwaltung (das s. g. nutzbare Eigenthum) als sein Sondergut und ist, als Mitglied der Familie, zugleich Miteigenthümer der Substanz auf das Ganze pro indiviso[1]). Darauf beruhet die ipso jure eintretende Umwandlung des Fideikommisses in freies Eigenthum in der Hand des letzten Besitzers.

III. Der Uebergang des Eigenthums von dem Stifter auf die Familie kann bei Stiftungen durch einen Akt unter Lebendigen anders nicht als mittelst Uebergabe der körperlichen Gegenstände an den Ersten Erwerber, wie bei jeder andern Singularsuccession auf Grund eines negotii inter vivos, verwirklicht werden; bei der Stiftung durch eine Verfügung von Todes wegen geht zwar das Eigenthum mit dem Anfalle von selbst über, der Besitz aber muß, wie bei jeder erbrechtlichen Zuwendung, besonders erworben werden. Dabei solle allemal von den zu dem Fideikommisse gehörigen Gegenständen ein

---

27) Ebenda §§. 203—205. Vergl. II, 3, §. 48, Anm. 22. Erblasser ist bei Fideikommissen der Stifter.

1) Ebenda §§. 72 u. 73.

vollständiges, beglaubtes Verzeichniß (Inventarium) aufgenommen und ein Exemplar davon bei den Akten des Hypothekenbuchs verwahrt werden[2]). An Stelle des Hypothekenrichters ist wohl jetzt das Appellationsgericht als Fideikommißbehörde getreten (§. 124, Note 3). Dieses Inventarium hat den Zweck, bei jeder Besitzveränderung und bei Absonderung des Fideikommisses von dem freien Vermögen des Erblassers zur Richtschnur zu dienen[3]), schließt aber den Nachweis der Unrichtigkeit von Seiten der Anwarter im Falle der künftigen Nachfolge nicht aus[4]). Für die gehörige Errichtung dieses Inventariums hat die Fideikommißbehörde von Amts wegen zu sorgen. — Jeder Nachfolger erwirbt das nutzbare Eigenthum des Fideikommisses ipso jure in dem Augenblicke, da der bisherige Besitzer verstorben ist, und zwar bei einem Minorate sowohl der lebende Jüngste wie der Nasciturus, jeder unter entgegengesetzter Bedingung: der Lebende unter der resolutiven, wenn innerhalb des gesetzlichen Zeitraums kein Jüngerer lebend geboren wird, und der Nasciturus unter der aufschiebenden, wenn er lebend und successionsfähig zur Welt kommt. Die Erben des letzten Besitzers sind gehalten, dem legitimirten Nachfolger das Fideikommiß so, wie dasselbe von dem Stifter, nicht so, wie es von dem Vorbesitzer auf ihren Erblasser gediehen ist, unverzüglich auszuantworten[5]), und können dazu mit der dem Nachfolger zustehenden fideicommissi petitio genöthigt werden. Gegen dritte Besitzer einzelner Gegenstände hat der Fideikommißfolger die actio revocatoria nach den Grundsätzen von der Reivindikation.

IV. Der Stifter darf durch seine Anordnung den Pflichttheil der Pflichttheilsberechtigten nicht verletzen; reicht der übrige Nachlaß dazu nicht hin, so muß derselbe aus den Fideikommißgegenständen von dem Ersten Erwerber ergänzt werden; die testamentarische Anordnung wird durch die Geburt eines pflichttheilsberechtigten Posthumus rumpirt, wenn derselbe in dem Fideikommiß nicht begriffen und auch sonst von dem Testator innerhalb des gesetzlichen Zeitraums nicht gehörig berücksichtigt wird (§. 66). — Die Errichtung eines Familienfideikommisses durch ein Rechtsgeschäft unter Lebendigen kann nach dem Tode des Stifters von dessen Notherben nur mit der querela inofficiosae donationis angegriffen werden, wenn und

2) Ebenda §. 71. Vergl. R. vom 31. Dezember 1824 (Jahrb. Bd. XXIV, S. 259).

3) A. L.R. a. a. O. §. 209. Vergl. östr. bürg. Ges.B. §. 627.

4) R. des J.M. vom 6. September 1815 (Ergänz. zu §. 71 d. T.).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 206 — 209.

insofern deren Voraussetzungen vorhanden sind; die Praxis hat angenommen, daß in diesem Falle bei Berechnung des Pflichttheils die Gegenstände des Fideikommisses nicht in Rechnung kommen [6]), was mit den Grundsätzen über den Widerruf von Schenkungen wegen Verkürzung des Pflichttheils übereinstimmt [7]).

## §. 127.

### 2. In Ansehung der Gläubiger und Legatarien.

I. Wegen der Schulden des Stifters sind die Stiftungsarten zu unterscheiden. Hat er durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden das Fideikommiß gestiftet und die Gegenstände in Verbindung oder in Folge der Verlautbarung und Bestätigung der Stiftungsurkunde vor seinem Tode dem Ersten Erwerber körperlich übergeben; so können seine Gläubiger, welche aus seinem übrigen Vermögen nicht befriedigt werden können, die Stiftung und die Gegenstände des Fideikommisses nur unter den Voraussetzungen angreifen, unter welchen Gläubiger eines zahlungsfähigen Schuldners dessen Rechtsgeschäfte überhaupt anzufechten befugt sind [1]). Bei der Anordnung eines Familienfideikommisses durch eine letztwillige Verfügung, gleichviel ob durch Erbvertrag oder durch einseitige Verordnung, versteht es sich, abgesehen von willkührlichen Gesetzesvorschriften, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nach juristischer Logik ganz von selbst, daß zuerst alle Erbschaftsschulden vollständig und prompt bezahlt werden müssen, ehe an das Fideikommiß zu denken ist. Dem steht auch die Bestimmung des Landrechts nicht entgegen, daß Schulden des Fideikommißstifters, die aus seinem übrigen Vermögen nicht bezahlt werden können, als ursprüngliche, die Substanz angehende Fideikommißschulden anzusehen sind [2]). Solche müssen daher entweder vor der Ausantwortung der Fideikommißgegenstände von dem Ersten Erwerber, vorbehaltlich seines Rechts gegen seinen künftigen Nachfolger, bezahlt [3]), oder unmittelbar aus diesen Gegenständen berichtigt werden.

II. In Ansehung der Legatare wird von der juristischen Konsequenz abgegangen. Nach dieser werden die einzelnen Vermächt-

6) Erk. des Obertr. vom 9. Mai 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 51).

7) A. L.R. I, 11, §. 1113.

1) Ges., betr. die Befugniß der Gläubiger ꝛc., vom 9. Mai 1855 (G.S. S. 429); Konk.-Ordn. vom 8. Mai 1855, §§. 99 u. flg. — Vergl. m. Anm. 31 zu §. 104 d. T.

2) II, 4, §. 104.

3) Ebenda §§. 105, 106.

nisse erst entrichtet, ehe der, welcher dem Erben fideikommissarisch substituirt worden, etwas fordern kann [4]). Dies bezieht sich freilich auf Universal-Fideikommisse. Aber Singular-Fideikommisse, von welcher Art Familien-Fideikommißstiftungen immer zu sein pflegen, sind Vermächtnisse, und Vermächtnisse müssen, wenn der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils oder Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zureicht, verhältnißmäßig reducirt werden [5]). Das soll hier nicht geschehen, sondern die Vorschrift lautet: „Hat der Erblasser aus seinem Nachlasse ein Familienfideikommiß bestellt; so muß der Fideikommißfolger die einzelnen Vermächtnisse, soweit die übrige Erbschaft nicht hinreicht, entrichten. Doch können die Legatarii nicht an die Substanz, sondern nur an die Nutzungen des Fideikommisses sich halten [6]). Damit sind die Legate für nothwendige Fideikommißschulden, welche auf die Einkünfte gelegt sind, erklärt, und die Legatare müssen sich mit Terminalzahlungen, welche die Fideikommißbehörde zu reguliren hat und Ein Viertel der reinen Einkünfte jährlich wider den Willen des Besitzers nicht übersteigen dürfen, begnügen [7]).

## §. 128.

### IV. Abänderung und Aufhebung.

Außer der natürlichen Erlöschung einer Familienstiftung oder eines Familienfideikommisses durch Untergang des Gegenstandes oder durch Aussterben aller in dem Stiftungsbriefe Berufenen ist die Zulässigkeit der Aufhebung durch Konsens aller Betheiligten streitig. Diejenigen, welche sie behaupten, berufen sich auf das römische Recht, welches bestimmt: „Omnibus, quibus fideicommissum relictum est, ad distractionem consentientibus, nullam fideicommissi petitionem superfuturam [1]).“ Von der anderen Seite wird die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf deutsche Familienfideikommisse bestritten und den zur Fideikommißfolge Berufenen die Befugniß abgesprochen, den künftigen Nachkommen, deren Konsens die jetzt Lebenden nicht ergänzen könnten, ihr Recht zu entziehen [2]), und

4) I, 12, §. 474.

5) Ebenda §§. 334 ff. u. 351.

6) Ebenda §§. 475, 476.

7) II, 4, §§. 80, 96 ff.

1) L. 120, §. 1 D. de legatis I (XXX). — L. 11 C. de fideicommissis (VI, 42).

2) Westphal, von der Wirkung eines Erbverzichts in Absicht der Nachkommen, Halle 1778. — Pfeiffer, vermischte Abhandlungen (Marburg 1803),

man kann hinzufügen: sie sind völlig unberechtigt, den Willen des Stifters zu brechen, und dessen Zweck, seinen Namen bis auf die spätesten Zeiten zu verherrlichen, zu vereiteln. Die neueren Gesetzgebungen haben sich theils der einen, theils der anderen dieser Meinungen angeschlossen. Das Landrecht war der zweiten Ansicht beigetreten und hatte die Abänderung oder Aufhebung des wesentlichen Inhalts der Stiftungsurkunde selbst durch einstimmigen Schluß der Familie für unzuläßig erklärt [3]). Die neuere Gesetzgebung hat das abgeändert und den allgemeinen Grundsatz festgestellt: „Jede Familien- und jede Fideikommißstiftung kann durch einen Familienschluß beliebig abgeändert, oder gänzlich aufgehoben werden [4]). Ueber die Erfordernisse, Aufnahme, Bestätigung und Ausfertigung der Familienschlüsse giebt ein besonderes Gesetz ausführliche Vorschriften [5]).

## Dritter Abschnitt.

## Von Vermächtnissen und Schenkungen von Todeswegen.

### A. Von Vermächtnissen.

A. L.R. Th. I, Tit. 12, §§. 288—457.

Heinrich Gottfried Geyert, die Lehre von den Vermächtnissen nach dem Allgemeinen preußischen Landrechte, mit Rücksicht auf die römische Gesetzgebung. Neue Auflage, Frankfurt a. d. O. 1836.

### Erste Abtheilung.

### Von den Vermächtnissen überhaupt.

#### §. 129.

#### I. Begriff.

Das Landrecht nennt „einzelne bestimmte in einem Testamente oder Kodizille Jemandem hinterlassene Sachen oder Summen Legate oder Vermächtnisse“ [1]). Damit ist nur der Gegenstand eines Legats angedeutet, eine Begriffsbestimmung ist es nicht. Auch der Gegenstand ist nicht erschöpfend angegeben, denn ein Legat ist nicht lediglich auf einzelne oder besondere Sachen beschränkt, es kann auch ein Inbegriff von Sachen und Rechten, namentlich ein Antheil des Nachlasses als Vermächtniß zugewendet werden [2]). Anderer Seits kann

Nr. I, S. 21. — Vollgraff, vermischte Abhandlungen, Bd. I (Marburg 1822), Nr. 2, S. 191 u. v. A.

3) II, 4, §. 39.

4) Edikt vom 9. Oktober 1807, §. IX (G.S. S. 171).

5) Gesetz vom 15. Februar 1840 (G.S. S. 20).

1) I, 12, §. 6.

2) Ebenda §§. 256—258.

nur ein wahrer direkter Erbe für seinen Theil auf bestimmte Sachen 2c. angewiesen werden, ohne dadurch Legatar zu werden. Im Allgemeinen ist das Vermächtniß eine auf Wohlwollen beruhende letztwillige Zuwendung. Die alten Juristen nannten es geradezu eine, vom Erblasser letztwillig hinterlassene Schenkung [3]), welche dem Erben von der Erbschaft abgezogen wird [4]). Doch ist diese Bezeichnung eine uneigentliche, denn eine Schenkung ist das Legat nicht, es fehlt dabei das zum Begriff einer solchen wesentlich gehörige Erforderniß, daß der Schenker sich selbst willkührlich einen Theil seines Vermögens entzieht. Das thut der Testator nicht, er giebt im Sterben willkührlich nichts auf was er ebenso willkührlich auch behalten könnte; ihm entgeht nichts durch das Vermächtniß [5]). Außerdem ist es kein Bestandtheil des Begriffs eines Vermächtnisses, daß dadurch die Erbschaft vermindert und der Legatar bereichert werde, wie z. B. wenn dem Erben auferlegt wird, dem Legatar ein Grundstück für den wahren Werth zu verkaufen, oder von ihm ein solches für den angemessenen Preis anzukaufen [6]). Man kann das Vermächtniß auch nicht überhaupt als dasjenige bezeichnen, was Jemand durch einen letzten Willen erhält, ohne zum unmittelbaren Erben berufen zu sein. Denn es kann auch ein Erbe mit einem Legat bedacht werden, wenn den Gegenstand nur ein Anderer leisten soll, z. B. wenn, abgesehen von einem Prälegat bei mehreren Miterben, bei welchem der Prälegatar doch nur den Theil als Legatar erhält, welcher auf die Erbtheile der Miterben fällt [7]), dem Legatar, welchem ein Grundstück vermacht wird, auferlegt ist, dem Erben dagegen eine bestimmte Sache, etwa ein Pferd, als ein Unterlegat zu geben (§. 140, Nr. I). Ein Vermächtniß läßt sich daher nur allgemein als Dasjenige bezeichnen, was nach der letztwilligen Anordnung des Erblassers einer Person durch den einem von ihr verschiedenen Honorirten aufgelegten Modus, als eine besondere oder einzelne Sache im Rechtssinne, zugewendet wird.

---

3) L. 36 D. de legatis II: „Legatum est donatio testamento relicta.“ Das „testamento“ relicta bezieht sich auf das alte Recht, wonach ein Legat nur durch ein Testament errichtet werden konnte, ehe noch Kodizille üblich geworden waren. — §. 1 Inst. de legat. (II, 20): „Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta.“ Hier ist das „testamento“ wegen der seit jener Definition (von Modestin) eingetretenen Rechtsänderung weggelassen.

4) L. 116 pr. D. de legat. I: „Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.“

5) S. v. Savigny, System, Bd. IV, S. 19.

6) L. 49, §. 8; L. 66 D. de legatis I (XXX).

7) L. 18, §. 3 D. ad S.C. Trebellian. (XXXVI, 1); L. 91 D. ad Leg. Falcidiam (XXXV, 2).

## II. Errichtung.

### §. 130.

#### 1. Von den Subjekten des Vermächtnisses.

Bei Vermächtnissen erscheinen drei verschiedene Subjekte: der Erblasser, der Belastete (Onerirte) d. i. die Person, welche die Zuwendung entrichten soll, und der Bedachte (Honorirte), dem der Vortheil zugedacht ist.

I. Der Erblasser oder Verfügende muß mit der aktiven Testamentsfähigkeit versehen sein, ganz so wie bei Errichtung eines Testaments (oben, §. 17), und bei seinem in Form einer einseitigen Disposition erklärten Willen bis zum Tode beharren: „potest defendi, fideicommissum valere, si modo in eadem voluntate duravit [1].“ Dies wird angenommen, wenn keine abändernde Verfügung aufzuweisen ist. Bei Willenserklärungen in Form eines Erbvertrags wird nach einem letzten Willen nicht gefragt.

II. In Betreff des Onerirten ist im Landrechte nirgend geradezu ausgesprochen, wer onerirt werden könne und wieweit er onerirt werden dürfe, nur aus einzelnen Anwendungen kann der vorausgesetzte Grundsatz gefolgert werden. Dieser ist der römische: „Sciendum est, eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus: vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur [2].“ Also Jeder, welcher aus der Verlassenschaft des Erblassers einen Vortheil erhält oder das behält, was ihm der Erblasser hätte entziehen können, kann von ihm belastet werden. Was hieraus folgt, wird im Landrechte ausdrücklich anerkannt, nämlich: 1. daß der Erblasser auch seine Intestaterben belasten kann [3]), nur daß dem Notherben der Pflichttheil bloß unter solchen Umständen beschwert werden darf, unter welchen er auch ganz hätte entzogen werden können [4]); 2. daß der Erblasser auch seine Legatare und Fideikommissare [5]) sowie denjenigen, welcher von Todeswegen be-

---

1) L. 1, §. 5 D. de legatis III (XXXII).

2) L. 1, §. 6 D. eodem.

3) I, 12, §§. 7, 256—259, 279. — §. 10 Inst. de fideicommiss. hered. (II, 23); L. 114, §, 2 D. de legat. I.

4) A. L.R. a. a. O. §. 477; II, 2, §§. 398, 418—432. — Vergl. L. 13 D. de inoff. testam. (V, 2).

5) I, 12, §§. 293, 544 u. 545. — §. 11 Inst. de fideicommiss. heredit. (II, 23); pr. Inst. de sing. reb. per fid. relictis (II, 24); L. 2 i. f. C. communia de legatis (VI, 43).

schenkt worden ist [6]), oneriren kann. 3. Der Folgesatz des römischen Rechts, daß der Testator auch die Erben aller derjenigen Personen, welche von ihm bedacht worden sind, beschweren darf [7]), ist geradezu nicht ausgesprochen, aber in der Verordnung enthalten, daß bei eintretendem Substitutionsfalle der Erbe oder Legatarius, oder deren Erben, alles, was sie vermöge der Erbeseinsetzung oder des Legats — erworben haben, — dem Substituten oder dessen Erben herausgeben müssen [8]). Eine den Erben des Begünstigten gemachte Auflage ist nichts anderes als eine auf den Tod desselben gestellte. — Die Belastung eines Honorirten fand ihre Begrenzung in der Regel des älteren röm. Rechts: „Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur [9]).“ Justinian modificirte diese Regel bei Einführung des Inventariums dahin, daß der Erbe, falls er die Errichtung des Inventariums versäumt habe, die Legate vollständig (ohne Abzug der Quart) und selbst über die Kräfte der Erbschaft hinaus, entrichten müsse [10]). Dies ist auch die Rechtslage nach den Grundsätzen des Landrechts: „auch den Legatarien muß der Erbe, der wegen versäumter Einreichung eines vorschriftsmäßigen Inventars für einen Erben ohne Vorbehalt anzusehen ist, vollständig und ohne Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Nachlasses gerecht werden [11]).“ Aber jene Begrenzung der Belastung ist in dem Falle, wo der Erbe oder Hauptlegatar durch Zuwachs mit den auf den Zuwachs gelegten Lasten behaftet wird, anerkannt [11a]).

Hat der Testator die Person des Belasteten nicht bestimmt bezeichnet, so haften sämmtliche Miterben gemeinschaftlich, auch „si plures gradus sint heredum [12]),“ d. h. wenn Einer oder der Andere nicht Erbe wird und ein Stellvertreter für ihn eintritt. Davon gelten folgende Ausnahmen: 1. Das römische Recht bestimmt,

6) A. L.R. a. a. O. §. 335 und I, 11, §. 1135. — L. 77, §. 1 D. de leg. I (XXX); L. 3 pr. §. 3 D. de leg. III (XXXII).

7) L. 5, §. 1; L. 6 pr. D. de legatis III (XXXII).

8) I, 12, §. 467.

9) §. 1 Inst. de sing. reb. per fideic. (II, 24); L. 44, §. 3 D. de leg. I; L. 1, §. 17 D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1).

10) Novelle 1, cap. 2, §. 2.

11) I, 12, §§. 296, 334. — Vergl. I, 16, §. 489. Erk. des Obertr. v. 8. August 1842 (Ulrich, Arch., Bd. IX, S. 219); u. Pr. 1170, vom 26. April 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 124).

11a) I, 12, §§. 287, 367.

12) I, 12, §§. 287, 289 u. 279. — L. 98 D. de legatis III.

daß, wenn der Erstbegünstigte mit einer solchen Leistung beschwert ist, daß solche von einem Anderen, wegen der bei jenem vorausgesetzten besonderen Eigenschaft oder Fähigkeit, nicht erfüllt werden kann, der Vortheil ohne die Belastung an den Nachberufenen übergehen soll [13]). Dieser Satz findet sich in folgender Fassung auch im Landrecht: „Nur wenn die Verordnung des Erblassers eine bloß auf die Person des eingesetzten Erben sich beziehende Handlung betrifft, kann der an seine Stelle tretende gesetzliche Erbe weder zu dieser Handlung, noch zu einer dafür zu leistenden Vergütung angehalten werden [14])." Daß der Satz auch auf den gemeinen Substituten Anwendung finde, darf wol als unzweifelhaft angesehen werden [15]), da der Testator dessen Eigenschaften und Fähigkeiten und resp. deren Mängel wol noch besser als die seines Intestaterben gekannt und ihn doch substituirt hat. 2. Das R. R. bestimmt weiter, daß, wenn Einer von mehreren legatariis re conjunctis mit einem Onus ausdrücklich nur für seine Person belegt ist und sein Antheil wegen seines Wegfalles den übrigen accrescirt, die Last nicht mit übergeht, weil anzunehmen sei, der Testator habe nur dessen Person belasten wollen, „nam si contrarium volebat, nulla erit difficultas conjunctim ea disponere [16])." Das Landrecht übergeht diesen Fall, es verordnet nur: „War ein Vermächtniß mehreren Personen zugleich und ungetheilt beschieden, so wächst der ausfallende Antheil des einen, in Ermangelung eines Substituten, den übrigen Mitgenossen zu [17])." Die gedachte römische Bestimmung enthält nicht einen Rechtsgrundsatz, sondern eine Willensauslegung. 3. Das R. R. erklärt es für unbezweifelt, daß, wenn Jemand, der testamentlos verstirbt, dem, welcher ihm zunächst (im ersten Grade) ab intestato hätte nachfolgen können, ein Fideikommiß aufgelegt habe, und dieser die Erbschaft ausschlägt, der nun eintretende Erbe des folgenden Grades das Fideikommiß zu entrichten nicht schuldig sei [18]). Der Grund ist der, weil das Fideikommiß gerade in der Form einer an die Person des präsumtiven Erben gerichteten Bitte auferlegt und von einer anderen Person dadurch nichts begehrt wurde. Dieser Modus ist heutzutage nicht mehr in Uebung. Wer heutzutage testamentlos stirbt und Jemandem ein

13) L. un. §. 9 C. de caducis toll. (VI, 51).
14) §. 280 a. a. O.
15) M. s. über die Gründe den alleg. §. 9 C. de caducis tollendis.
16) L. un. §. 11 in fine C. eodem.
17) I, 12, §. 368.
18) L. 1, §. 9 D. de legat. III.

Legat aus seinem Nachlasse vermacht, will damit wesentlich den Nachlaß selbst und somit den oder die Intestaterben, wer sie auch seien, belasten.

Die behandelte Regel, daß sämmtliche Miterben gemeinschaftlich haften, wenn nicht der Erblasser die Entrichtung des Legats nur Einem von ihnen ausdrücklich aufgelegt hat, beschränkt sich auf Vermächtnisse, die nach baarem Gelde zu bestimmen sind [19]). Ist Jemandem ein Stück von einer gewissen Gattung vermacht, so gilt im Zweifelsfalle derjenige Erbe oder Legatar für belastet, welcher die Gattung von Sachen, zu der das vermachte oder weiter vermachte Stück gehört, überkommen hat; oder wenn dies nicht entscheidet, derjenige unter denen, auf welche der Wille des Erblassers gedeutet werden kann, der vor den übrigen am meisten begünstigt ist [20]); ist keiner von Allen bevorzugt, so kann der Legatar nach seiner Wahl sich an Jeden auf das Ganze halten, und unter sich mögen die Mehreren, von welchen nur Einer hat leisten sollen, durch das Loos sich auseinandersetzen. — Das Gleiche gilt, wenn der Testirer Mehrere mit einem untheilbaren Legat alternativ belastet hat, z. B. durch die Verordnung: von meinen Erben sollen A, B, und C, der Eine oder der Andere, dem Offizier X ein 5jähriges Reitpferd geben, welches zur Kavallerie diensttüchtig ist [21]).

III. Der Honorirte muß passiv testamentsfähig sein, worüber auf §. 18 zurückgewiesen wird. Bei der Zuwendung des nämlichen Gegenstandes an Mehrere (conjuncti) ohne Angabe der Theilnehmungsverhältnisse erhalten sie Kopftheile von dem gemeinschaftlichen Gegenstande [22]). Dieser Grundsatz gilt auch, wenn Einige von Mehreren zusammen auf eine Quote von dem Vermächtnisse, und die Uebrigen zusammen auf den Rest angewiesen sind: Jene theilen dann nach Köpfen in die Quote, diese nach Köpfen in den Ueberrest. Der Testator kann auch Mehrere zu demselben Gegenstande in der Weise berufen, daß er dem Belasteten die Wahl läßt, welchem von ihnen er das Vermächtniß entrichten wolle [23]). Dadurch sind Alle berufen und der Belastete ist nur berechtigt, wie bei einer aktiven Korrealobligation durch die Leistung an Einen der

19) A. L.R. a. a. O. §. 289.

20) Ebenda §§. 544, 545.

21) L. 8, §. 1 D. de leg. I; L. 25 pr. D. de leg. III; L. 9 pr. D. de duobus reis constit. (XLV, 2).

22) I, 12, §. 370. Vergl. §. 261 ebd. — L. 67, §. 1 D. de leg. I; L. 2 pr. D. de instructo et instrum. leg. (XXXIII, 7).

23) L. 16 D. de leg. II (XXXI).

mehreren Bedachten (Gläubiger) sich zu befreien; unter sich stehen diese in dem Verhältnisse von Mitgläubigern. Ist dem Belasteten die Wahl wegen Ausfalls der Begünstigten unmöglich geworden, so muß er an Den leisten, welcher noch übrig ist; versäumt er die Wahl, d. h. bietet er nicht ungesäumt dem Einen die Leistung an, so wird angenommen, er wolle an keinen leisten und die Forderung ist nun für Alle fällig geworden, Alle können jetzt klagen zu gleichen Theilen [24]. — Unter den alten Juristen bestand eine vielfache Meinungsverschiedenheit über Gültigkeit und Auffassung einer Anordnung in folgender Fassung: „Dieser oder (aut) Jener soll mein Erbe sein; Diesem oder Jenem gebe und vermache ich" rc. Justinian, welcher sagt, man würde über die Darstellung der Streitigkeiten und verschiedenen Ansichten ein ganzes Buch (libri volumen) schreiben können, hat den Streit in der 34sten seiner 50 Decisionen dahin entschieden, daß das Bindewort „aut" für „et", also im kopulativen Sinne zu nehmen sei, „quemadmodum (verbi gratia) in interdicto Quod vi aut clam „aut" conjunctio pro „Et" apertissime posita est [25]." Das Landrecht übergeht den Fall, es ist jedoch auch nach seinen Grundsätzen anzunehmen, daß der Testator Beide, nämlich „Diesen" und „Jenen" zugleich habe bedenken und bei Legaten nur die Wahl dem Belasteten habe überlassen wollen, so daß dieser Fall dem vorhergedachten im praktischen Ergebnisse gleichsteht. — Uebrigens wird auf die oben §. 29 vorgetragenen besonderen Interpretationsregeln zurückgewiesen, womit der §. 21, II, Nr. 6 zu vergleichen ist.

## §. 131.

### 2. Von den Gegenständen.

I. Der Gegenstand eines Vermächtnisses muß hinlänglich bestimmt oder doch so bezeichnet sein, daß er sich bestimmen läßt. Daher ist das Vermächtniß einer bloß nach ihrer allgemeinen Gattung bezeichneten Sache, wenn die Gattung so verschiedenartig ist, daß der Werth eines durchaus unbestimmten Individuums unbestimmbar ist, eitel. Zur möglichsten Aufrechthaltung einer derartigen Verordnung sind verschiedene Anweisungen für die Auslegung der Willenserklärung in solchem Falle gegeben.

1. Ulpian giebt folgendes Beispiel: Ist Jemandem ein Haus

24) L. 24; L. 67, §. 7; L. 77, §. 4 D. eodem.
25) L. 4 C. de verbor. et rerum significat. (VI, 38).

ohne weiteren Beisatz vermacht, so sind die Erben gehalten, dem Legatar unter den Häusern, welche sich in dem Nachlasse befinden, dasjenige, welches er will (oder welches sie wollen — die Lesart ist verschieden), zu geben; hat aber der Erblasser kein Haus gehabt, so ist das Legat „magis derisorium quam utile“ [1]). Ulpian hält also dafür, der Testator habe hier seinen Spott getrieben. — An einer andern Stelle entscheidet derselbe folgenden Fall: Sind Jemandem 100 Krüge Wein vermacht, ist aber kein Wein hinterlassen worden, so muß der Erbe den Wein kaufen und leisten [2]). Man hat daraus die Regel gezogen, daß nur bei Fungibilien das Legat gültig sei, wenn der Testator Sachen der Gattung nicht hinterlassen habe [3]). — Das Landrecht giebt folgende Regel: „Hat der Testator Jemandem ein Stück von einer gewissen Gattung ohne weitere Bestimmung vermacht, und es findet sich dergleichen in seinem Nachlasse nicht, so muß der Erbe dem Legatario ein solches Stück anschaffen.“ Die fehlende Andeutung behufs der Werthbestimmung soll durch „den Stand und die Nothdurft des Empfängers“ ersetzt, hiernach soll die unbestimmt gebliebene Qualität einer solchen Sache ersetzt werden [4]). Damit würde sich jedoch bei einem ohne alle weitere Bestimmung vermachten großstädtischen Hause, welches z. B. ein nur mittelmäßig begüterter Einwohner einem Almosenempfänger vermacht hätte, schwerlich ohne große Willkühr durchkommen lassen, wenn man die landrechtliche Regel (4) auf ein derartiges Hausvermächtniß anwenden wollte. Dies ist wol schwerlich zulässig, denn die ganze Reihe von Bestimmungen, zu welchen die Regel gehört, bezieht sich nach ihrem inneren Zusammenhange wesentlich auf bewegliche Gegenstände.

2. Das Vermächtniß einer gewissen Gattung von Sachen, ohne Bestimmung der Qualität und Quantität, umfaßt Alles was davon hinterlassen ist, mit Ausnahme der Stücke, die als Pertinenzien oder Inventarien eines Landgutes oder Gebäudes anzusehen sind, wenn der Testator darüber nicht ein Anderes bestimmt hat [5]).

3. Hat der Testator eine bestimmte Sache vermacht, und sich so ausgedrückt, daß sich nicht ausfinden läßt, welche von mehreren,

---

1) L. 71 pr. D. de legatis I (XXX).

2) L. 3 pr. D. de tritico legato (XXXIII, 6).

3) Westphal, Vermächtnißarten, §. 19 a. E.

4) I, 12, §§. 403 u. 404.

5) Ebenda §§. 401 u. 402. Vergl. m. Anm. 32 dazu, und die L. 7 pr. D. eodem.

in dem Nachlasse vorhandenen Sachen von dieser Art gemeint sei, so soll nicht, wie nach röm. Rechte[6]), die geringere als vermacht angesehen werden, sondern der Erbe soll wählen[7]).

4. Das Vermächtniß einer bestimmten Sache ohne nähere Bestimmung begreift auch die gesetzlichen Pertinenzstücke derselben; dieser Legatar geht also in Ansehung derselben demjenigen vor (vergl. Nr. 2), welchem die Gattung von Sachen, zu welcher diese Pertinenzstücke an und für sich gehören, beschieden ist[8]).

5. Zu vermachten Flüssigkeiten gehören auch die Gefäße, in welchen sie verkauft oder verführt zu werden pflegen[9]). Diese Bestimmung hat eine Voraussetzung, die nicht immer zutrifft; sie ist aus der Entscheidung des Zweifels im röm. Rechte darüber entnommen: ob auch die Gefäße zu vermachtem Wein gehören. Celsus sagt, wenn Wein vermacht worden sei, so müßten auch die Gefäße, selbst wenn er nicht mit den Gefäßen vermacht worden, als mitvermacht angesehen werden, nicht, weil die Gefäße ein Theil des Weines seien, sondern weil es glaublich, die Meinung des Testators sei dahin gegangen, daß auch die Krüge ein Zubehör des Weins sein sollten, weil man ihn in Krügen habe (aufbewahre). Hinsichtlich der Fässer war er anderer Meinung, besonders wenn sie im Keller festgemacht oder solche seien, welche wegen ihrer Größe schwer bewegt werden könnten[10]). Diese Art Gefäße sind denn auch nach der Fassung der obigen Bestimmung durch die Worte: „in welchen sie verkauft oder verführt zu werden pflegen", ausgeschlossen; aber nach der wahrscheinlichen Meinung des Testators sind auch diejenigen ausgeschlossen, welche nicht Eigenthum des Testators sind. Denn es ist sehr gebräuchlich, daß die Fässer, in welchen die Weine verführt werden, von dem Versender bis zur Abziehung des Weines, also auf mehrere Wochen oder Monate geliehen werden.

6. Bei dem Vermächtniß von Sachen einer gewissen Gattung nach Maßgabe einer von dem Testator angegebenen Quantität oder Qualität soll es durch Beweisaufnahme und in zweiter Linie durch Gutachten Sachverständiger festgestellt werden, was der Testator darunter gemeint habe, wenn dies streitig ist (§. 28, Nr. 6).

II. Die vermachte Sache darf vom Verkehre nicht gänzlich

6) L. 32, §. 1; L. 37, §. 1; L. 39, §. 6 D. de legatis I.

7) A. L.R. a. a. O. §. 389.

8) Ebenda §§. 405, 406. Vergl. Anm. 5.

9) Ebenda §. 407.

10) L. 3, §. 1 D. de tritico, vino legato (XXXIII, 6).

ausgeschlossen sein, sonst ist das Vermächtniß unkräftig und der Gegenstand verbleibt dem Erben oder es entsteht gar keine Verpflichtung des Erben[11]). Ist die Sache nicht ganz sondern bloß extra commercium legatarii; so muß ihm der Erbe soviel Recht daran einräumen, als er, der Legatar, daran erlangen kann, namentlich an einem Grundstück, welches er nach seinem Stande oder Herkommen zu erwerben unfähig ist, den Naturalbesitz und Genuß, und ihn in den Stand setzen, dasselbe zu veräußern; kann aber der Legatar gar kein Recht daran erwerben, so muß er den Werth erhalten[12]). Bei Beurtheilung der Besitzfähigkeit wird, nach preuß. Rechte, im Gegensatze vom röm. Rechte wegen der catonischen Regel[13]), auf die Zeit des Anfalls und bei bedingten Vermächtnissen auf die Zeit des Eintritts der Bedingung gesehen[14]).

III. Ein Vermächtniß, dessen bestimmt bezeichneter Gegenstand nicht vorhanden, ist unkräftig, doch schadet es nicht, wenn derselbe sich bis zum Anfalle vermindert hat, das Legat wird dann in dem vorhandenen Umfange und Zustande entrichtet[15]). — Hier stellt sich jedoch die Frage, wie es zu halten, wenn in der Zeit zwischen der Errichtung und dem Anfalle eine juristische oder eine physische Veränderung mit dem Gegenstande vorgefallen ist. 1. In der ersten Beziehung ist der Hauptfall die stattgefundene Veräußerung und demnächst eingetretene Wiedererwerbung des Gegenstandes oder die besondere Aufbewahrung des Kaufgeldes. a) Hat der Testator den Gegenstand nach der Vermachung veräußert, so ist eben dadurch das Vermächtniß, nach röm. Rechte, erloschen, und es tritt durch den Wiederankauf und das Vorhandensein beim Anfalle nicht wieder in Kraft[16]). Das Landrecht bestimmt das gerade Gegentheil[17]). b) Das Landrecht läßt das Legat im Falle des Verkaufs des Gegenstandes auch in dem Falle bei Kräften, wenn der Testator das für die veräußerte Sache gelöste Geld bis zu seinem Tode besonders

11) A. L.R. a. a. O. §§. 386, 456, 366, 367. — L. 39, §. 3 D. de leg. I.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 452—455. — Vergl. L. 40, L. 114, §. 5 D. de legat. I. Die Frage war bestritten wegen L. 49, §. 2 D. de legat. II. Das Landrecht erledigt die Frage.

13) Tit. D. de regula Caton. (XXXIV, 7); L. 41, §. 2 D. de leg. I.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 43 u. 483, vergl. mit §. 42 u. I, 5, §§. 58 ff. — L. 41, §. 2 D. eodem.

15) A. L.R. a. a. O. §. 315. — Vergl. L. 108, §. 10 D. de legat. I; L. 8, §. 2; L. 32, §. 5 D. de legat. II; L. 6 pr., §. 1 D. de auro, argento (XXXIV, 2).

16) L. 15 D. de adimentis vel transfer. (XXXIV, 4).

17) §. 316 a. a. O.

aufbewahrt hat: dieses muß dem Legatar verabfolgt werden; doch ist dem Erben der Beweis freigelassen, daß der Testator einen entgegenstehenden Willen geäußert habe[18]). 2. Dem Fall des Unterganges oder der Veränderung des Gegenstandes hat das Landrecht ganz selbstständig, ohne Rücksicht auf das röm. Recht, durch eine Reihe von willkührlichen Bestimmungen geregelt, weil — wie Suarez sagt — es bekannt, in wieviel Subtilitäten das röm. Recht und dessen Ausleger über die Frage sich eingelassen: ob, wenn forma rei legatae verändert worden, solches pro ademtione legati zu achten sei. Diese Lehre habe man in den §§. 317—321 d. T. möglichst zu simplificiren gesucht[19]). Danach besteht das Legat, wenn die vermachte Sache, der Materie nach, wenngleich in veränderter Form, in dem Nachlasse noch vorhanden. Dieses Prinzip hat eine große Tragweite; denn es kann z. B. behauptet werden, daß, wenn der Testator aus einer vermachten silbernen Suppenkelle einen Becher hat machen lassen, der Legatar nun den Becher fordern könne. Doch ist der Becher gewiß eine andere Sache als die Suppenkelle. Dem Prinzip sind noch folgende Unterscheidungen beigefügt: a) Hat der Testator der Materie der vermachten Sache, ohne Zusatz oder Verbindung mit einer anderen, bloß eine veränderte Gestalt gegeben (also aus der Kelle einen Becher gemacht? oder muß aus der Kelle wieder eine Kelle in anderer Façon geworden sein?); so erhält der Legatar die veränderte Sache (es soll also doch die vermachte, nur veränderte Sache sein). b) Hat der Testator bei der Formveränderung zugleich die Materie vermehrt, oder mit einer anderen vermengt, vermischt oder verbunden; so hat der Legatar nur den gemeinen Werth der Materie der vermachten Sache zu fordern. c) Ist die Formveränderung ohne Genehmigung des Testators erfolgt: so kann der Legatar in dem Falle a zwischen der veränderten Sache oder dem gemeinen Werth der vermachten Sache vor der Veränderung wählen; in dem Falle b hat er nur den zuletzt gedachten Werth zu fordern. (Vergl. Nr. VI.)

IV. Ein Vermächtniß, dessen Gegenstand zur Zeit der Errichtung im Eigenthume des Legatars sich befindet, ist nichtig, es wäre denn unter der Bedingung ausgesetzt, daß der Legatar zur Zeit des Anfalls nicht mehr Eigenthümer sei; auch ist es unbedingt gültig, wenn der Testator einen besonderen Vortheil bezeichnet, welchen er

18) Ebenda §. 322.
19) Schlußvorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 83.

damit dem Legatar hat zuwenden wollen: in diesem Falle kommt es darauf nicht an: ob der Legatar die Sache beim Anfalle noch besitze[20]).

V. Gegenstand eines Vermächtnisses können nicht allein Sachen oder Summen, sondern auch Handlungen des Erben, insoweit dieser sich dazu durch Vertrag verpflichten kann, sein[21]), und zwar nicht bloß faktische Handlungen, z. B. den Legatar eine Kunst oder Profession, wodurch er sich ernähren möge, zu lehren oder auf seine Kosten lehren zu lassen[22]), sondern auch juristische, z. B. die Befreiung des Legatars von einer Verbindlichkeit[23]), oder die Entlassung desselben aus der väterlichen Gewalt[24]).

VI. Was die Sachen betrifft, so macht von der Regel, daß der Gegenstand des Vermächtnisses, wenn dieses gültig sein soll, vorhanden sein muß (Nr. III), das Vermächtniß einer künftigen Sache eine Ausnahme; ein solches ist gültig, weil es als unter einer Bedingung, nämlich der: „wenn die Sache zur Existenz kommt", ausgesetzt angesehen wird, das Vermächtniß tritt nur dann in Wirksamkeit, wenn und sobald die Sache zur Wirklichkeit kommt; das gegenwärtige Nichtvorhandensein der Sache muß jedoch im Bewußtsein des Testators gewesen sein; hielt er dieselbe irrthümlich für existent, so ist das Vermächtniß unkräftig wegen wesentlichen Irrthums. Daher sagt das Landrecht: „Hat der Testator „ausdrücklich" eine künftige Sache vermacht" ꝛc.[25]).

VII. Ebenso ist das Vermächtniß eines fremden, d. h. eines solchen Gegenstandes, woran der Testator kein Eigenthum oder Besitzrecht hat, wirksam, wenn der Testator, wissend, daß ihm der Gegenstand (Sache oder Recht) nicht gehöre, also mit Bewußtsein als einen ihm fremden, vermacht; wußte er das nicht, hielt er die Sache für seine eigene oder doch für eine seinen Rechten unterworfene, während er daran kein Recht hatte, so ist das Vermächtniß

---

20) A. L.R. a. a. O. §§. 381, 382. — Vergl. §. 10 Inst. de legatis (II, 20); L. 1, §. 2 D. de reg. Caton. (XXXIV, 7).

21) A. L.R. a. a. O. §. 387.

22) L. 12 D. de legatis III (XXXII). Darnach schadet es nicht, wenn der Testator die Kunst ꝛc. nicht bestimmt bezeichnet hat; dieses hat der Richter nach dem Willen desselben, und dem Alter, dem Verhältniß und der Natur der Anlagen des Legatars zu bestimmen.

23) Erk. des Obertr. vom 18. Dezember 1843 (Entsch. Bd. XI, S. 276).

24) L. 114, §. 8 D. de leg. I; L. 41, §. 8 D. de leg. III, verb. mit L. 92 D. de condit. (XXXV, 1).

25) §. 373 a. a. O. — L. 1, §. 3 D. de condit. et demonstr. (XXXV, 1); L. 25, §. 1 D. quando dies leg. (XXXVI, 2.)

wegen wesentlichen Irrthums ohne Wirkung [26]), und der Erbe kann der grundlosen Klage des Legatars auf Entrichtung des Legats aus eigenem Interesse auch dann, wenn der Gegenstand sich in dem Nachlasse thatsächlich vorfindet, widersprechen, weil er dem Eigenthümer der Sache verantwortlich ist. Von dieser Seite und hinsichtlich der Beweislast ist die Lehre schon oben (§. 19, I, Nr. 1, lit. c) ausführlich behandelt. Gehört die fremde Sache dem Erben, so ist das Vermächtniß in jedem Falle gültig, mochte dies dem Testator bekannt sein oder nicht [27]); gehört sie einem Miterben und ist dieser nicht allein belastet, so wird ihm der gemeine Werth aus der gemeinschaftlichen Erbmasse ersetzt [28]). Auch die Auslegungsregel ist aus dem römischen Rechte herübergenommen, daß, wenn der Testator einen Antheil an der Sache, oder nur ein gewisses Recht, oder einen Anspruch auf dieselbe hat, und es zweifelhaft ist: ob er wirklich die ganze Sache als eine fremde, oder nur die ihm daran zustehenden Rechte als Gegenstand seines Vermächtnisses gemeint habe, bloß diese als von ihm vermacht angesehen werden sollen [29]). — Ueber die Entrichtung eines solchen Legats giebt das Landrecht ausführliche Vorschriften [30]).

## §. 132.

### 3. Von der Art der Anordnung.

Wie Vermächtnisse angeordnet werden können, davon ist schon an verschiedenen Stellen gelegentlich die Rede gewesen, weshalb es hier nur noch einer kurzen Uebersicht des Wesentlichen bedarf. Hinsichtlich der Nebenbestimmungen, namentlich der Bedingungen, Zeitbestimmungen und Modalitäten, gilt bei Vermächtnissen Alles, was in Beziehung auf Testamente überhaupt vorgeschrieben ist (§§. 22—28). Errichtet werden können Vermächtnisse nur in ordentlicher Testamentsform (§. 2, Nr. III, §. 15, §. 40), in Erbeinsetzungsverträgen, namentlich in dem s. g. Vermächtnißvertrage (§. 76)*) und

26) A. L.R. a. a. O. §§. 377, 384. — §. 4. Inst. de leg. (II, 20).

27) A. L.R. a. a. O. §§. 374, 375, entnommen aus der L. 67, §. 8 D. de legatis II.

28) §. 376 a. a. O. — L. 86, §. 3 D. de leg. I.

29) Ebenda, §. 385. — Vergl. L. 5, §§. 1 u. 2; L. 71, §. 6 D. de leg. I; L. 36 i. f. D. de usu et usufr. (XXXIII, 2); L. 30, §. 4 D. de leg. III.

30) §§. 377—382 a. a. O. Vergl. m. Anmerkungen dazu.

*) Geyert, a. a. O. §. 17 definirt: Erbverträge in Beziehung auf Vermächtnisse sind solche, bei welchen einer dem anderen, ohne oder für ein Aequivalent ein Vermächtniß verspricht." Ein gegen ein Aequivalent zu hinterlassen versprochenes Vermächtniß ist kein Vermächtniß. §. 129.

dem Ehe- und Erbvertrage (§. 79), und nur ausnahmsweise in gewissen außergerichtlichen Verordnungen, worüber das Erforderliche im §. 62, Nr. II vorgetragen ist.

## III. Erwerbung.

### §. 133.

#### 1. Von den Erfordernissen der Erwerbung.

Der Legatar muß erbfähig den Erblasser überleben. Ein Vermächtniß ist anfangs eine Forderung. Man unterscheidet daher auch bei Vermächtnissen zwei Zeitpunkte, nämlich den, wo das Vermächtniß dem Legatar anfällt oder erworben wird (ubi dies cedit), und den, wo dasselbe fällig wird und dessen Entrichtung gefordert werden kann (ubi dies venit) [1]; beide Zeitpunkte können auch zusammen fallen. I. Mit dem dies cedens, welcher mit dem Todestage des Erblassers zusammenfällt, ist das Recht auf das Vermächtniß erworben und wird auf die Erben des vor dem Verfalltage sterbenden Legatars übertragen, und zwar, abweichend vom römischen Rechte, ohne Unterschied, ob dasselbe bedingt oder unbedingt ist [2]; auch bedarf es zu dieser Erwerbung keiner Handlung; sie vollzieht sich ipso jure, selbst ohne Wissen des Legatars [3]; dieser kann jedoch das Vermächtniß ablehnen aber nicht theilweise, sondern ganz; theilweise Annahme gilt für Annahme des Ganzen [4]. Lehnt er ab, so wird die Erwerbung ex tunc nichtig [5]. Das Eigenthum des legirten Gegenstandes wird jedoch damit zugleich nicht immer erworben, sondern es kommt dabei auf die Art des Vermächtnisses und auf den Gegenstand an. Unbedingt legirte Sachen und Rechte gehen sofort mit der Erwerbung der Erbschaft Seitens des Erben in das Eigenthum des Legatars über [6]. Hieraus hat das Landrecht eine Regel gemacht und angeordnet: Das Eigenthum der in einem

---

1) L. 113 pr. D. de verb. signif. (L, 16): „Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti posset.“ Vergl. L. 7 pr., L. 21 pr. D. quando dies legatorum (XXXVI, 2).

2) A. L.R. I, 12, §§. 485, 486. Anders nach L. 41 D. de condit. (XXXV, 1); L. 5, §. 2 D. quando dies leg. (XXXVI, 2); L. un. §. 7 C. de cad. toll. (VI, 51).

3) L. 77, §. 3 D. de leg. II; L. 6 C. quando dies (VI, 53.)

4) L. 4, 6, 58 D. de leg. II.

5) L. 8 i. f. D. de rebus creditis (XII, 1); L. 38, §. 1; L. 44, §. 1; L 86, §. 2 D. de leg. I; L. 15 D. de rebus dubiis (XXXIV, 5), — A. L.R. I, 12, §. 366 verbunden mit I, 9, §. 395.

6) L. 80 D. de leg. II; L. 44, §. 1, L. 69 pr., L. 68, §. 2 D. de leg. I.

Testamente Jemandem zum Legate ausgesetzten Sachen und Rechte geht, in der Regel, mit dem Todestage des Erblassers auf den Legatarium über [7]). Wird dies als Regel angesehen, so machen davon Ausnahmen: legirte fremde Sachen und vermachte Genera, ferner Fideikommisse und bedingt legirte Sachen. Fremde Sachen müssen zuvor angeschafft und können dann nur durch Uebergabe eigenthümlich übertragen werden [8]); ein nach der Gattung bestimmtes Legat erfordert erst eine Wahl und, wenn die Gattung in der Erbschaft nicht vorhanden, eine Anschaffung: im ersten Falle geht das Eigenthum des gewählten Stücks eben durch die Wahl, im zweiten Falle erst durch die Tradition über [9]); bei bedingten Legaten und Fideikommissen wird das Eigenthum dem Legatar und Fideikommissar erst durch die Erfüllung der Bedingung [10]) und beziehungsweise durch den Eintritt des Substitutionsfalles ipso jure erworben (oben, §. 122). II. Der dies veniens ist, nach römischem Rechte, der Tag, an welchem der Erbe die Erbschaft antritt, weil nun die Person vorhanden ist, welche das Vermächtniß entrichten muß [11]). Nach preuß. Rechte müßte folgerichtig der Fälligkeitstag mit dem Anfallstage zusammenfallen, weil der Erbe mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers die Erbschaft ipso jure erwirbt. Da indeß Niemand genöthigt werden kann, Erbe eines Anderen zu sein, so steht dem zur Erbschaft Berufenen frei, sich innerhalb einer bestimmten Frist (Ueberlegungs- oder Deliberationsfrist) zu abstiniren, welches, wenn er dies rechtzeitig thut, rückwärts wirkt, als wenn er niemals berufen worden wäre, wogegen es erst mit dem Ablaufe der Frist gewiß ist, daß er unwiderruflich Erbe geworden; denn wenn er auch innerhalb der Frist die Erbschaft ausdrücklich angenommen hätte, so würde es ihm doch freistehen, die Erklärung vor Ablauf der Frist wieder zurückzunehmen [12]). Daher tritt der dies veniens, nach preuß. Rechte, erst am Tage nach dem Ablaufe der gesetzmäßigen Deliberationsfrist ein [13]). Ausnahmen hiervon gelten: 1. wenn der Erblasser besondere Bestimmungen über

7) I, 12, §. 288. Dazu meine Anm. 45.

8) Ebenda, §§. 377 u. flg.

9) Ebenda, §§. 388, 403.

10) Ebenda, §§. 491, 497. — L. 41 D. de condit. (XXXV, 1), L. 5, §. 2 D. quando dies legator. (XXXVI, 5); L. un. §. 7 C. de cad. toll. (VI, 51).

11) L. 32 pr. D. de leg. I; L. 7 pr., L. 21 pr. D. quando dies legat. (XXXVI, 2).

12) A. L.R. I, 9, §. 416.

13) Ebenda I, 12, §. 294. Vergl. I, 9, §§. 383 u. flg.

den Fälligkeitstermin getroffen hat[14]); 2. wenn über die Gültigkeit des letzten Willens gestritten wird: dann muß der Legatar das Ende des Prozesses abwarten, mag der Streit die Form oder den Inhalt des letzten Willens betreffen, oder mag er zwischen mehreren Erben, oder zwischen Einem der Erben und den Legataren über den Umfang der aus dem letzten Willen abgeleiteten Berechtigungen des Einen oder des Anderen geführt werden[15]). 3. Wenn der Erbe mit Vorbehalt angetreten und rechtzeitig ein Inventarium niedergelegt hat. Dann kann er die Entrichtung der Legate bis dahin verschieben, wo rechtlich festgestellt ist: ob der Nachlaß zur Tilgung der Schulden und der Vermächtnisse hinreiche; die Legatarien haben aber die Rechte der Gläubiger und können, wie diese, den Erben zur Vorlegung des Inventariums anhalten und eventuell auf Konkurseröffnung antragen[16]), mit Ausnahme des Prälegatars, welcher selbst die Verpflichtungen des Erben (Miterben) trägt und daher kein Recht hat, gegen seine Miterben auf Handlungen zu dringen, welche ihm selbst so gut wie Jenen obliegen[17]); 4. wenn das Legat bedingt ist: dann ist der Eintritt der Bedingung abzuwarten([10]); 5. wenn das Vermächtniß einem Legatar oder Fideikommissar aufgelegt ist: hier muß der Unterlegatar die Erwerbung von Seiten des Hauptlegatars abwarten[18]).

## §. 134.

### 2. Von der Entrichtung der Vermächtnisse.

I. Eigenmächtig darf kein Legatarius den Besitz der vermachten Sache ergreifen[1]). Thut er dies, so kann ihm der Erbe dieselbe, auf Grund der Eigenmächtigkeit, nach dem Prinzip des Interdikts quod legatorum[1a]) wieder abfordern. Zögert der Erbe mit der Entrichtung, so kann ihn dazu der Legatar nur mit einer persönlichen Klage aus einer Obligation quasi ex contractu, nämlich mit der actio ex testamento s. legati[2]), oder nach Umständen auch mit

---

14) Ebenda I, 12, §. 294. — L. 1, §. 1 D. de condit. et demonstr. (XXXV, 1); L. 21 pr. D. quando dies leg. (XXXVI, 2).

15) A. L.R. a. a. O. §. 295. — Erk. des Obertr. vom 23. April 1860 (Entsch. Bd. XLIII, S. 143).

16) A. L.R. a. a. O. §§. 296, 297. — Erk. des Obertr. vom 8. Februar 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 116); Konk.-Ordn. v. 8. Mai 1855., §. 357.

17) Erk. des Obertr. vom 18. Dezember 1843 (Entsch. Bd. XI, S. 276).

18) A. L.R. a. a. O. §. 293. — Vergl. L. 41, §. 14 D. de leg. III.

1) A. L.R. a. a. O. §. 311.

1a) L. 1, §§. 1, 2 D. quod legat. (XLIII, 3).

2) L. 69, §. 5 D. de leg. I; L. 75 D. ad legem Falcid. (XXXV, 2). Vergl. L. 7, §. 5 i. f. D. de dolo malo (IV, 3).

der actio hypothecaria, wenn er vermöge seines gesetzlichen Titels zum Pfandrecht eine Hypothek genommen hat [3]), zwingen; das stillschweigende (gesetzliche) Pfandrecht des Legatars auf die Bestandtheile der Erbschaft [4]) ist im preuß. Rechte nicht beibehalten. Bis zur Ueberlieferung oder Verabfolgung, welche in Ermangelung einer besonderen Bestimmung darüber ohne Unterschied des Falles [5]) auf Kosten des Legatars geschieht [6]), muß der Erbe zum Vortheile des Legatars verwahren und verwalten [7]); er ist aber nicht schuldig, damit über den Fälligkeitstermin hinaus so lange fortzufahren, bis es dem Legatar gefallen möchte, sich zur Abnahme anzuschicken, er kann daher nach allgemeinen Grundsätzen sich von seiner Verbindlichkeit, wie jeder andere Schuldner, im Falle der mora accipiendi, durch gerichtliche Niederlegung befreien. — Sind sämmtliche Erben belastet und haben sie vor Berichtigung sämmtlicher ihnen gemeinschaftlich auferlegten Vermächtnisse den Nachlaß getheilt, so kann jeder Legatar entweder alle Erben zusammen im Erbschaftsforum, oder jeden besonders auf das Ganze oder auch nach Verhältniß des Erbtheils in dessen persönlichem Gerichtsstande belangen, auch das, was er von dem Einen nicht erhalten kann, von einem Andern fordern [8]).

II. Die Quarta Falcidia ist hier, wie die Quarta Trebellianica bei den Fideikommissen, abgeschafft, der Erbe kann also bloß aus dem Grunde, daß nach Berichtigung der Schulden und Vermächtnisse für ihn nichts übrig bleibt, den Legatarien keine Abzüge machen [9]). Er kann aber sämmtliche Kosten und Auslagen erstattet verlangen, für seine Bemühung eine billige Belohnung fordern, oder auch die ganze Erbschaftsregulirung auf Kosten des Nachlasses dem Gerichte überlassen [10]), falls er Erbe mit Vorbehalt ist.

III. Der Legatarius hat, mit Ausnahme eines Falles (Nr. IV,

---

3) A. L.R. a. a. O. §§. 290, 291. Vergl. Erk. des Obertr. vom 3. Febr. 1835 (Entsch. Bd. II, S. 313).

4) §. 2 Inst. de leg. (II, 20); L. 1 C. communia de legat. (VI, 43).

5) Die L. 8 pr. D. de leg. II.; L. 39 pr., L. 108 pr. D. de leg. I unterscheiden, ob die Ursache zum Kostenaufwande vor oder nach dem Tode des Erblassers entstanden war; denn der Erbe war schuldig, die Sache an dem Orte, wo der Testator sie verlassen, auf seine Kosten zu überliefern.

6) A. L.R. a. a. O. §. 312.

7) Ebenda, §. 306.

8) Ebenda, §. 292; I, 17, §§. 131—136.

9) I, 12, §. 333. Die Rechtfertigung dieser Neuerung lese man in der Anm. 82 dazu und in den Jahrb. Bd. XLI, S. 81.

10) Ebenda, §§. 354—360.

4), auch die Lasten der Erbmasse nicht mit zu tragen, und ebensowenig können sich die Gläubiger des Erblassers an ihn als einen Singularsuccessor, der den Erblasser nicht repräsentirt, halten [11]). Dagegen ist der Erbe, welcher dem Legatar vorweg mehr ausgeantwortet hat, als ihm wegen der Größe der Schuldenmasse nach Verhältniß der übrig bleibenden reinen Erbmasse zukommt, berechtigt, von ihm das zuviel Gegebene, auf Grund der Schuldengemeinschaft, mit der Theilungsklage (nicht etwa mit der gewöhnlich zur Hand genommenen condictio indebiti, die hier ganz unpassend ist) zurückzufordern, denn es ist ein alter Rechtsgrundsatz, daß die Legatarien und Geschenknehmer von Todeswegen, wenn der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht zureicht und der Erbe nur Benefizialerbe ist, nach Verhältniß der ihnen schon geschehenen Zuwendungen dazu mit beitragen, also von dem Empfangenen wieder herausgeben, oder dazu von dem noch nicht Ausgefolgten Abzug leiden [12]). Diesem Anspruch des Erben dürfen die Legatare keine, die Richtigkeit der Schulden anfechtenden Einreden, die der Arglist ausgenommen, entgegengesetzen, sie müssen gegen sich gelten lassen, was gegen den Erben erkannt worden ist, können aber bei den gegen ihn von Erbschaftsgläubigern anhängig gemachten Prozessen, wenn durch deren nachtheiligen Ausfall ihr Interesse berührt wird und sie in Mitleidenschaft gezogen werden, auf ihre Kosten und in ihrem Sonderinteresse, ohne daß davon ein anderer Legatar Vortheil oder Schaden hat, interveniren und ohne Beitritt des Erben Rechtsmittel einlegen und verfolgen. Was die Erbschaftsgläubiger durch Vergleich mit dem Erben oder durch dessen Behandlung nachlassen, kommt der Masse, also auch den Legatarien zu Gute [13]). — Wie der Werth der vermachten Sachen, nach dessen Verhältniß beigetragen werden soll, festzustellen, und inwiefern Legatarien, deren Vermächtniß nur im Nießbrauche oder in jährlichen Hebungen besteht, zu den Schulden beitragen, ist ausführlich im Landrechte vorgeschrieben [14]), und wie die Berechnung anzulegen, habe ich bereits in der Anm. 89 a. a. O. dargestellt, so daß eine Wiederholung hier keinen

11) L. 7 C. de hereditar. action. (IV, 16).

12) A. L.R. a. a. O. §§. 334, 335. — Vergl. §. 5 Inst. de fideicommiss. hered. (II, 23). — Pr. des Obertr. 1170, vom 26. April 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 124).

13) A. L.R. a. a. O. §§. 298—300. Erk. des Obertr. vom 12. April 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. IX, S. 99).

14) Ebenda, §§. 336, 337, 342—351.

Nutzen hätte. Der auf Herauszahlung eines Beitrags in Anspruch genommene Legatar kann denselben durch Zurückgabe des bereits erhaltenen Vermächtnisses sammt den davon gezogenen Nutzungen, nach Abzug der auf deren Hebung, ingleichen der auf Erhaltung der Sache verwendeten Kosten, ablehnen; bei dieser Restitution wird er wegen Verbesserungen, Verschlimmerungen, und sonst, einem redlichen Besitzer gleichgeachtet [15]); gänzlicher Untergang der Sache, welcher ohne sein grobes Versehen in seinem Besitze erfolgt ist, soll ihm zu Statten kommen [16]), d. h. er zahlt nichts.

IV. Bei zum Vermächtniß ausgesetzten bestimmten Sachen und Rechten sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Der Gegenstand ist von einem Erbschaftsgläubiger in Anspruch genommen. Dann hat der Erbe nur das zu geben was er gewinnt, er muß aber den Legatar von dem Prozesse benachrichtigen, damit derselbe daran als Intervenient Theil nehmen könne [17]); der Erbe kann aber auch dem Legatario, mittelst Nomination, die Führung des Prozesses, auf dessen Kosten, überlassen. Auf die Vindikationsklage eines Dritten bezieht sich dieses nicht; denn hat der Testator die fremde Sache irrthümlich wie seine eigene vermacht, so hat der Legatar daran kein Recht und der Erbe muß dem Eigenthümer Rede stehen. (Vergl. oben, §. 19, Nr. I, 1, lit. c, S. 205.)

2. Die Sache ist die eines Dritten. Dann muß der Erbe dieselbe sich zu verschaffen suchen und dem Legatar tradiren, auch dafür Gewähr leisten, ohne daß er für physische Fehler einsteht, weil die Sache so vermacht worden, wie sie ist; will der Eigenthümer sie nicht überlassen, oder stellt er unverhältnißmäßige Bedingungen, so muß der Legatar sich mit dem außerordentlichen Werth begnügen [18]). Auch die Bestimmung ist aufgenommen, daß, wenn der Legatar die ihm als fremd vermachte Sache durch ein lästiges Geschäft vor oder nach dem Tode des Erblassers erworben hat, ihm der Erbe die Erwerbungskosten vergüten muß [19]).

3. Die Sache ist das besondere Eigenthum des Erben oder Legatars. Dann hat der Belastete dem Bedachten den Gegenstand des Vermächtnisses, so wie er ist, ohne Gewährleistung und ohne

15) Ebenda, §§. 338—341.

16) Ebenda, §. 344.

17) Ebenda, §. 301. — Vergl. Novelle 112, Kap. 1.

18) A. L.R. a. a. O. §§. 377, 378. — Aus L. 71, §. 3 D. de leg. I; L. 14, §. 2; L. 30, §. 6 D. de leg. III, entnommen, mit der Abänderung, daß danach nur der gemeine Werth (justa aestimatio) zu leisten ist.

19) A. L.R. a. a. O. §. 379; L. 34, §. 7 D. de leg. I.

Haftung für physische Fehler, zu tradiren, er kann sich davon nicht durch Leistung des Werths befreien[20], er kann die Entrichtung auch nicht aus dem Grunde verweigern, weil er nicht Alleineigenthümer sei, denn er braucht nicht Eviktion zu leisten, auch giebt ihm der Umstand keinen Einwand, daß der Testator nicht gewußt habe, die Sache gehöre ihm (dem Belasteten)[21].

4. Der Gegenstand befindet sich als eine von dem Erblasser besessene Sache in dem Nachlasse. Dann muß derselbe dem Legatar in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit des Erbanfalls befand, mit allen bei dem Ableben des Erblassers vorhandenen gesetzlichen Pertinenzstücken[21a], und allen nachher hinzugekommenen An- und Zuwüchsen übergeben werden; der Erbe braucht jedoch von Früchten und Nutzungen aus der Zwischenzeit von dem Anfalle bis zum Fälligkeitstage (Ablauf der Ueberlegungsfrist) nur die von ihm gezogenen zu gewähren und bei Verschlimmerungen der Sache nur für ein grobes Versehen zu haften; im Falle der eingetretenen Zögerung hingegen haftet er wegen der Früchte, Nutzungen und Verschlechterungen wie ein unredlicher Besitzer[22]. Der Legatar ist aber auch gehalten, die Sache in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit des Anfalls befand, zu übernehmen. Daraus folgt: a) Er muß die Sache mit allen bei dem Ableben des Erblassers darauf haftenden Lasten übernehmen, wenn der Testator nicht ausdrücklich ein Anderes verordnet hat; er muß also auch die Sache, wenn sie verpfändet oder mit Hypotheken belastet ist, ohne Beitrag oder Zuthun des Erben auslösen; nur wenn sie mit mehreren zugleich verpfändet ist, muß der Erbe dazu verhältnißmäßig beitragen[23]. Diese Anordnung wird von dem Landrechte selbst als eine Ausnahme von der Regel erklärt (Nr. III) und beruht auf einer von der römischen Rechtsanschauung, wonach das Vermächtniß einer verpfändeten Sache wie ein Vermächtniß einer fremden Sache behandelt wird, ganz abweichenden Ansicht[24]. Wie es zu halten, wenn der Erblasser selbst eine auf der vermachten Sache lastende Hypothek bezahlt, aber mit Aufhebung des Instruments bis zu seinem Tode ungelöst

20) A. L.R. a. a. O. §§. 374—376. — Vergl. L. 45, §§. 1, 2 D. de leg. I.

21) A. L.R. a. a. O. §. 375; L. 67, §. 8 D. de leg. II. — Vergl. Erk. des Obertr. vom 24. Januar 1849 a. E. (Entsch. Bd. XVII, S. 208).

21a) A. L.R. a. a. O. §§. 405, 406 u. m. Anm. 34 dazu.

22) A. L.R. a. a. O. §§. 305—310. Ueber die hierin liegende Abweichung des L.R. von dem röm. R. s. m. Anm. 62 zu §. 307.

23) Ebenda §§. 325—327.

24) Darüber m. Anm. 75 zu §. 326.

gelassen hat, ist nicht ausgemacht. Das Obertribunal hat in einem Falle, wo der Testator schon bei der Erwerbung des Eigenthums eines Gutes, welches er demnächst einem Legatar vermachte, eine für ihn darauf eingetragene Post mit dem zu zahlenden Kaufgelde kompensirt hatte, angenommen, der Erbe könne über diese Hypothekenpost nicht verfügen, weil der §. 326 sage: der Legatar müsse die Lasten ohne Beitrag und Zuthun des Erben ablösen. Von einer Ablösung einer solchen Last in Stelle der Erben könne aber dann nicht die Rede sein, wenn eine dem Testator zuständige Hypothekenforderung von ihm selbst schon verrechnet worden sei; so wenig der Erblasser an sich selbst etwas in diesem Falle zu zahlen hätte, so wenig seien die Erben eine solche Summe schuldig [25]. Jene Ausdrucksweise trägt jedoch zur Feststellung der Willensmeinung des Erblassers (auf diese allein kommt es an) gar nichts bei, weil sie den Fall des §. 52 des Anh. z. A. L.R. gar nicht berührt. Denn die Abnormität, welche durch den §. 52 eingeführt wird, war damals, zur Zeit des Gebrauchs des Ausdrucks im §. 326, noch nicht erfunden und auch nicht vorauszusehen. Es kann daher in jedem einzelnen Falle nur auf die Willensfrage ankommen: was der Erblasser in dem Bewußtsein, daß eine von ihm eingelöste Hypothekenpost, welche er nicht löschen, vielmehr durch Aufbewahrung des unkassirt gebliebenen Instruments in Geltung ließ, nachdem das damit belastete Gut in andere Hände übergegangen, für seinen Erben eine völlig realisirbare Aktivforderung blieb, — was der Erblasser in diesem Bewußtsein mit der Aufbewahrung des vollgültigen Instruments bezweckt habe. — Unter den Lasten, welche mit der vermachten Sache auf den Legatar ohne einen Regreßanspruch an den Erben übergehen, sind auch Altentheile und Nießbrauchsrechte begriffen [26]. — Daraus folgt ferner: b) daß der Erbe weder für physische Fehler, noch für die Eviktion der vermachten Sache steht [27].

Der Erbe darf vermachte Sachen nicht veräußern, außer im Falle der Nothwendigkeit behufs Verwaltung und Vertheilung des durch Schulden und Vermächtnisse erschöpften Nachlasses, nach den Vorschriften der Prozeß- und Subhastations-Ordnung, wenn er Benefizialerbe ist [28]. Hat er es dennoch gethan, so kann der Lega-

25) Erk. vom 27. Februar 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 158).

26) Anders nach dem römischen Prinzip. L. 66, §. 6 D. de legat. II.

27) L. 45, §§. 1 u. 2. D. de leg. I.

28) A. L.R. a. a. O. §§. 334, 352 u. flg. — Vergl. L. 63 D. de leg. II.

tar einer vermachten Species die Sache von dem dritten Besitzer vindiciren und außerdem, wenn er dadurch nicht zu seinem vollen Rechte gelangt, von dem Erben Ersatz fordern; er kann aber auch, ohne sich vorerst auf die Verfolgung der Sache einzulassen, sein ganzes Interesse mit seiner persönlichen Klage (§. 134) von ihm verlangen [29]).

Die vermachte bestimmte Sache befindet sich nicht mehr im Nachlasse. Hier werden folgende Fälle unterschieden:

a) Die Sache ist gar nicht mehr, auch nicht in einem veränderten Zustande (§. 131, III, Nr. 2), vorhanden. Dann ist das Legat erloschen [30]).

b) Der Testator hat die Sache veräußert, aber das dafür gelösete Geld bis zu seinem Tode besonders aufbewahrt. Dann erhält es der Legatar statt der vermachten Sache (§. 131, III, Nr. 1, lit. b).

c) Der Testator hat die Sache, nachdem er solche vermacht, selbst dem Legatar gegeben. Dann hat der Legatar an den damit Belasteten weiter keinen Anspruch [31]). Hat er sie ihm durch einen lästigen Vertrag zugeeignet und die Gegenleistung bis an seinen Tod nicht abgefordert, so gilt der Rückstand kraft des Legats für erlassen [31a]).

V. Bei Vermächtnissen, welche in gewissen jährlich, oder sonst zu einer bestimmten Zeit wiederkehrenden Hebungen bestehen, wird die Zeit der zu leistenden Abgabe schon von dem Todestage des Erblassers an gerechnet [32]). Damit ist das legatum annuum s. menstruum des röm. Rechts gemeint, es wird daher erlaubt sein, nach dessen Grundsätzen die unvollständige Bestimmung des Landrechts zu ergänzen [33]).

VI. Ein vermachter Gebrauch oder Genuß eines Grundstücks, Gebäudes, oder einer anderen bestimmten Sache, kann erst von Ablauf der gesetzmäßigen Ueberlegungsfrist (§. 133, II) gefordert werden [34]).

---

29) A. L.R. a. a. O. §§. 313, 314; L. 3, §. 2 C. communia de leg. (VI, 43).

30) A. L.R. a. a. O. §. 315.

31) Ebenda §. 323. Vergl. §. 380 u. L. 11 C. de legatis (VI, 37).

31a) A. L.R. a. a. O. §. 324.

32) A. L.R. a. a. O. §. 302.

33) Darüber verweise ich zur Vermeidung von Wiederholungen auf m. Darstellung in der Anm. 58 zu §. 302 a. a. O.

34) Ebenda §. 303. Stimmt im Prinzip mit dem R. R. überein. L. 2, 3, 5, §. 1; L. 9 D. quando dies (XXXVI, 2); L. un. §§. 2, 3 D. quando dies ususfr. (VII, 3); L. 1, §. 1 D. quib. modus ususfr. (VII, 4).

VII. Vermachte Geldzinsen (Renten), Zehnten, und andere dergleichen feste Hebungen gebühren dem Legatar nur von den Terminen, welche erst nach dem Tode des Erblassers fällig werden[35].

VIII. Unbedingte Geldvermächtnisse in bestimmten Summen muß der Erbe spätestens am Tage nach Ablauf der Deliberationsfrist zahlen und von diesem Tage an landüblich verzinsen, selbst wenn der Legatar in mora accipiendi ist, weil angenommen wird, daß das Geld Nutzungen trage, welche der Erbe nicht gewinnen soll (usurae legales); er kann sich davon nur durch gerichtliche Niederlegung der Summe befreien. Zögert er mit der Zahlung, so treten Verzugszinsen ein, welche möglicher Weise höher sein können. Ist ein späterer Zahltermin bestimmt, so ist der Erbe dennoch früher zu zahlen berechtigt, weil auch das Landrecht die Regel angenommen hat, die Frist zur Entrichtung eines Vermächtnisses sei zu Gunsten des Erben bestimmt[36].

IX. Vermächtnisse einer gewissen Gattung. Vorkommende Fälle sind folgende:

1. Das Vermächtniß lautet schlechthin auf die Stücke von einer gewissen Gattung, ohne Bestimmung der Qualität und Quantität, z. B. auf die Pferde des Erblassers. Dann erhält der Legatar alle Stücke, welche sich von derselben Gattung zur Zeit des Todes des Erblassers im Nachlasse befinden, und nicht Pertinenzstücke eines Gutes oder Gebäudes sind; ist von Sachen der vermachten Gattung gar nichts vorhanden, so ist das Legat ohne Wirkung[37].

2. Der Gegenstand des Vermächtnisses ist ein Stück von einer gewissen Gattung ohne weitere Bestimmung, z. B. ein Pferd, und es findet sich dergleichen im Nachlasse nicht. Dann hat der Erbe ein solches Stück, wie es für den Legatar nach dem Stande und der Nothdurft desselben paßt, anzuschaffen (oben, §. 131, I, Nr. 1).

3. Der Testator hat ein Stück aus einer im Nachlasse vorhandenen Gattung, oder eine bestimmte Sache von mehreren derselben Art ohne deutliche Bestimmung, welche derselben er gemeint habe, vermacht. Dann muß nothwendig eine Wahl stattfinden. Hierüber bestimmt das Landrecht, zum Theil abweichend vom R. R., Folgendes:

a) Hat der Testator über die Zuständigkeit der Wahl nichts be-

35) A. L.R. a. a. O. §. 304.

36) Ebenda §§. 328 – 331. — Vergl. L. 1, §. 1 D. ad Leg. Falcid. (XXXV, 2); L. 12 C. de fideicommiss. (VI, 42). Die Zinsenbestimmung ist nicht römisch.

37) A. L.R. a. a. O. §§. 401, 402. Näheres darüber in m. Anm. 32 dazu.

stimmt, so gebührt sie dem Erben[38]; hat er gesagt, daß der Erbe dem Legatario eine von mehreren Sachen geben solle, so ist es ebenso; hat er gesagt, daß der Legatar eine von mehreren Sachen nehmen solle, so hat der Legatar zu wählen[39].

b) Haben mehrere Erben oder mehrere Legatarien, Jeder für sich allein, zu wählen, so wird die Ordnung, in welcher Einer dem Anderen vorgeht, durch das Loos bestimmt[40].

c) Wählt der Erbe, so ist er nur eine nach den Umständen des Legatars für ihn brauchbare Sache zu geben verbunden, muß aber für die gegebene Sache, wie bei Verträgen, Gewähr leisten, was jedoch nicht Anwendung finden kann, wenn sämmtliche zur Auswahl vorhandene Stücke mit dem gleichen juristischen oder physischen Fehler behaftet sind[41]; auch findet die Haftung für physische Fehler darin ihre Grenze, daß der Belastete nur eine für den Legatar nach seinen Umständen brauchbare Sache zu geben gehalten ist.

d) Ist die Wahl dem Legatar ohne Einschränkung überlassen, so kann dieser auch das Beste wählen; hat aber keine Gewährleistung zu fordern, wenn nicht etwa ein Betrug untergelaufen ist[42]. Der Erbe muß jedoch dem wählenden Legatar sämmtliche der Wahl unterworfene Stücke angeben und auf Verlangen vorzeigen, widrigenfalls der Legatar an seine erste Wahl nicht gebunden ist, sondern von neuem wählen kann[43].

e) Ist die Wahl einem Dritten übertragen, so kann dieser, wie der Legatar selbst, auch das Beste aussuchen; kann oder mag er nicht wählen, so fällt zwar die Wahl an den Legatar, aber inkonsequenter Weise soll er nun auf die Mittelsorte beschränkt sein[44].

X. Geldvermächtnisse, bei welchen keine Münzsorte bestimmt worden, werden in dem zur Zeit der Errichtung gangbaren Silberkourant entrichtet[45].

---

38) Ebenda §§. 388, 389. — Anders nach L. 2, §. 1 D. de optione (XXXIII, 5).

39) A. L.R. a. a. O. §§. 390, 391.

40) Ebenda §. 394. Ueber das davon abweichende R. R. s. m. meine Anm. 24 dazu.

41) Ebenda §§. 392, 397. — Vergl. über R. R. meine Anm. 21 dazu.

42) Ebenda §§. 393, 398. — L. 2 pr. D. de optione (XXXIII, 5).

43) A. L.R. a. a. O. §§. 399, 400. — L. 4, 5 D. eodem.

44) §§. 395, 396 a. a. O. Vermuthlich hat man diese Beschränkung aus der L. 3, §. 1 C. communia de leg. (VI, 43) aufgenommen, aber nach R. R. durfte auch der Dritte so wenig wie der Legatar das Beste nehmen. L. 37 pr. D. de leg. I.

45) A. L.R. a. a. O. §§. 450, 451.

## §. 135.

### 3. Von der Eigenthumserwerbung des Legatars.

Durch die gehörig erfüllte Entrichtung des Legats gelangt der Legatar in den Besitz des vermachten Gegenstandes. Damit fällt jedoch die Eigenthumserwerbung des Gegenstandes nicht immer zusammen. Das preußische Recht weicht in der Lehre von dieser Eigenthumserwerbung vielfach ab. Davon ist schon vorhin gelegentlich das Meiste vorgekommen, es bedarf daher hier nur noch der Zusammenstellung und in einigen Einzelheiten der näheren Bestimmung. Im preußischen Rechte lassen sich, je nach den verschiedenen Arten und Modalitäten der Vermächtnisse, drei Erwerbungsarten unterscheiden, die sich auch im römischen Rechte, wennauch nicht in den gleichen Fällen, finden, nämlich: die Erwerbung ipso jure, die Erwerbung durch Tradition, und die durch Ersitzung (erwerbende Verjährung). Die Fälle, welche nach preußischem Rechte unter jeder dieser Erwerbungsarten stehen, sollen hier aufgezählt werden.

I. Ohne daß es einer Handlung bedarf (ipso jure), wird dem Legatar das Eigenthum erworben:

1. Bei Vermächtnissen, deren Gegenstand im Eigenthum des Erblassers ist, mit dem Anfalle. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Belastete die Erbschaft antritt resp. die Zuwendung annimmt, oder ausschlägt, was nach R. R. das Entscheidende ist; denn im zweiten Falle geht nach preuß. Recht das Onus auf den Erben zweiten Grades von Rechts wegen über, die Rechtslage des Legatars oder Unterlegatars bleibt daher unverändert (§. 133).

2. Bei Vermächtnissen, deren Gegenstand im Eigenthume des Erben (nicht so auch des Hauptlegatars) ist, und zwar kraft der Konfusion der Erbschaft mit dem Vermögen des Erben, indem nunmehr die vermachte Sache, die vorher Sondergut des Erben war, aus einer und derselben Vermögensmasse an den Legatar auszufolgen ist[1]). Dies setzt einen Erben ohne Vorbehalt voraus. Das beneficium inventarii suspendirt die Wirkungen der Vereinigung bis zur vorschriftsmäßigen Feststellung der Masse[2]). Erklärt demnächst der Erbe, daß er sich der Rechtswohlthat gegen die angemeldeten Forderungen nicht bedienen wolle, so tritt mit diesem Augenblicke die Vereinigung beider Vermögen ein[3]) und der Legatar

---

1) L. 26 pr. D. de usu et usufr. et reditu (XXXIII, 2).

2) A. L.R. I, 16, §§. 486—488. Konk.-Ordn. vom 8. Mai 1855 §§. 342 u. flg. — Vergl. Erk. des Obertr. vom 28. März 1863 (Entsch. Bd. L, S. 182).

3) A. L.R. a. a. O. §. 488 verb. mit §. 356 der Konkursordnung.

ist nunmehr unbedingter Eigenthümer der ihm vermachten Sache des Erben geworden. Ueberläßt der Erbe den Nachlaß den Gläubigern und Legataren zu ihrer Befriedigung, so braucht er das Legat nicht zu entrichten; der Legatar ist in diesem Falle nicht Eigenthümer der Sache geworden und kann es mehr werden, sondern er kann nur deren Werth bei der Masse liquidiren.

3. Bei Vermächtnissen künftiger Sachen oder unter einer Suspensivbedingung. Mit dem Eintritte der Existenz des Gegenstandes, beziehungsweise mit der Erfüllung der Bedingung geht das Eigenthum auf den Legatar über, falls die Sache vorher im Eigenthume des Erblassers oder des Erben war oder in dasselbe gekommen sein würde.

4. Bei Vermächtnissen, welche durch das Anwachsungsrecht den Kollegataren anfallen. Dieses jus accrescendi der Kollegatare ist denselben Regeln wie das der Miterben (oben §. 43) unterworfen; es tritt ein, wenn mehreren Personen zugleich und ungetheilt ein Vermächtniß beschieden und für den ausfallenden Mitlegatar ein Substitut nicht vorhanden ist oder der Vorhandene ebenfalls ausschlägt[4]). Dasselbe beruhet hier auf demselben Grunde, aus welchem es bei mehreren Erben entspringt, nämlich darauf, daß Alle Miteigenthümer in solidum pro indiviso sind. Ist der Zuwachs vom Testator verboten, so fällt der vakante Theil mit seinen Lasten nicht an den Intestaterben, sondern verbleibt dem Testamentserben[5]). Wegen der Belastung des erledigten Antheils, dessen Anwachs nicht abgelehnt werden darf, gilt auch hier die Regel, daß die Auflage nicht über den Betrag des Zuwachses hinaus erfüllt zu werden braucht; der Mitlegatar kann im Falle der Ueberlassung den vakanten Legatsantheil dem Unterlegatar überlassen[6]).

II. Durch Tradition wird das Eigenthum erworben, wenn der Belastete den Gegenstand erst anderweit anschaffen muß (§. 134, Nr. IV, 2 u. Nr. IX, 2). Dann kann derselbe die Sache erst selbst von ihrem Eigenthümer erwerben und demnächst als seine eigene an den Legatar tradiren, oder auch unmittelbar von dem Dritten an diesen tradiren lassen.

III. Durch Ersitzung (usucapio pro legato) kann das Eigenthum der vermachten Sache erworben werden, wenn dasselbe we-

4) Ebenda §§. 366, 368 — 371 u. m. Anm. 98 dazu.

5) Ebenda §. 372.

6) Ebenda §§. 366, 367 u. die Anm. 97 dazu. Vergl. §§. 286, 287, und oben, §. 130, No. II.

gen eines Mangels im eigenen Rechte des Erblassers daran, oder wegen eines Fehlers an der letztwilligen Verordnung auf den Legatar nicht übergehen können. Aus diesem Titel kann jedoch nur derjenige ersitzen, dem die Sache als Vermächtniß wirklich ausgesetzt worden ist und der sie als solche besitzt; wer eine Sache als ihm vermacht besitzt, während sie es nicht war, kann nicht pro legato usukapiren, ebensowenig, wie Jemand eine Sache pro emtore usukapiren kann, die er für gekauft hält, aber doch wirklich nicht gekauft hat[7]); auch mußte er als Vermächtnißnehmer erbfähig sein, als er sie in Besitz nahm[8]). Ausdrücklich erwähnt finden sich in der römischen Quellensammlung folgende Beispiele: 1) wenn irrthümlich eine fremde Sache als eigene vermacht und dem Legatar als eine eigene Sache des Erblassers oder des Erben überliefert; 2) wenn das Vermächtniß später zurückgenommen aber irrthümlich doch entrichtet worden ist; 3) wenn in Ansehung des Namens ein Zweifel obwaltete und man denjenigen, welchem das Vermächtniß ausgeantwortet wurde, für den gemeinten hielt[9]); 4) wenn ein bei der letztwilligen Verordnung untergelaufener Formfehler bei der Entrichtung des Legats unbeachtet blieb[10]). Das Landrecht übergeht diese Einzelnheiten, trifft sie aber in seinen Grundsätzen[11]).

## §. 136.

### 4. Von den Gegenverbindlichkeiten des Legatars.

I. Hinsichtlich der mit der Erwerbung der vermachten Sache verknüpften Verbindlichkeiten trifft das preußische Recht nur in wenigen Punkten mit dem römischen zusammen. Bei dem Hauptgegenstande der Verbindlichkeit, nämlich dem Ersatze der von dem Belasteten auf die vermachte Sache verwendeten Erhaltungs- und Verbesserungskosten gehen die beiden Rechtssysteme von ganz verschiedenen Grundlagen aus. Nach R. R. hat der Belastete von der Sache den Nutzen und den Fruchtgenuß bis zum Tage, wo das Legat entrichtet werden muß, und daraus folgt, daß er für die aufgewendeten regelmäßigen Kosten und für die davon entrichteten öffentlichen Abgaben keinen Ersatz fordern kann[1]). — Das Landrecht setzt den Belasteten,

7) L. 2, L. 3 D. pro legato (XLI, 8).

8) L. 7 D. eodem.

9) L. 4 D. eodem: „— — in horum enim persona subest justa causa, quae sufficit ad usucapionem."

10) L. 9 D. eodem.

11) I, 9, §§. 579, 617; I, 20, §§. 251, 252.

1) L. 39 pr. §§. 1, 5 D. de leg. I; L. 26 D. de leg. III.

hinsichtlich der herauszugebenden Sache, in das Verhältniß des Verwalters einer fremden Sache und verpflichtet ihn, bis zur Uebergabe die Sache zum Vortheile des Legatars zu verwahren und zu verwalten, und demnächst sammt allen davon seit dem Todestage des Erblassers gezogenen Nutzungen und Früchten herauszugeben [2]); er muß daher auch dem Legatar Rechnung legen. Daraus folgt, daß dem Belasteten alle diejenigen Gegenforderungen an den Legatar zustehen, welche einem beauftragten Geschäftsführer und Verwalter einer fremden Sache aus der Geschäftsführung und Verwaltung an den Prinzipal entspringen; er kann demnach wegen des ihm bei der Ablieferung der Sache gebührenden Saldo's nicht allein das Retentionsrecht, insofern es einem Verwalter zusteht [3]), ausüben, sondern seinen Saldo auch mit der actio contraria geltend machen. Namentlich ist er befugt, die auf den Prozeß, welchen er wegen der vermachten Sache mit einem Dritten geführt hat, verwendeten Kosten erstattet zu verlangen [4]); sowie auch die Unkosten, welche ihm durch die Uebergabe oder Verabfolgung des Legats verursacht worden sind [5]). Wegen Verbesserungskosten kommen die Grundsätze von der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung. II. Daß der Erbe die vermachte Sache, welche der Legatar eigenmächtig an sich genommen hat, wieder abfordern könne, ist schon oben (§. 134, Nr. I) gesagt. Das Rechtsmittel ist heutzutage eine gewöhnliche Klage nach dem Prinzip (ad exemplum) [6]) des Interdikts quod legatorum, welches ein interdictum adipiscendae possessionis ist [7]). Dasselbe hat mit den eigentlich sogenannten possessorischen Interdikten retinendae et recuperandae possessionis in meritorischer Hinsicht nichts gemein; denn diese beiden possessorischen Klagen gründen sich außer dem Besitze auf eine bestimmte Form der Verletzung desselben, nämlich auf Delikte, jenes dagegen beruhet auf einem eigenen erst in dem Edikte aufgestellten Rechtssatz und es ist zur Begründung der Klage daraus nicht erforderlich, daß der Kläger (der Erbe) sich auf seinen Besitz berufe, es kann sogar sein, daß er den fraglichen Gegenstand bis daher noch

2) I, 12, §§. 305—308.

3) I, 14, §. 165.

4) I, 12, §. 301 u. meine Anm. 58 dazu.

5) Ebenda §. 312. Vergl. §§. 353 flg.

6) L 3 C. de interdictis (VIII, 1).

7) L. 1 pr. §. 1 D. quod legatorum (XLIII, 3): „Hoc interdictum vulgo Quod legatorum appellatur. — Est autem et ipsum adipiscendae possessionis.“

niemals besessen hat. Der Inhalt dieses Edikts „continet hanc causam: ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi [8])." Diese Klage steht denn auch jedem Rechtsnachfolger des Erben zu [9]), während von jenen Besitzklagen in der Regel nur der Verletzte Gebrauch machen kann. Zur Begründung dieser Klage ist demnach erforderlich: a) daß der Kläger Erbe oder dessen Rechtsnachfolger sei; b) daß der Beklagte eine in der Erbschaft befindliche Sache ohne Willen des Erben oder des Klägers okkupirt habe, und c) daß der Beklagte dieselbe pro legato besitze. Der Jurist bemerkt hierzu, es werde bisweilen ungewiß und schwer erweislich sein, daß der Beklagte als Legatar okkupirt habe, er könne vielleicht auch pro herede oder pro possessore besitzen; deshalb sei es rathsam, mit dieser Klage die hereditatis petitio zu kumuliren [10]). Die Klage unterliegt weder der kurzen Verjährung der possessorischen Rechtsmittel, noch ist sie im Possessorienprozesse zu verhandeln.

## IV. Verlust der Vermächtnisse.

### §. 137.

#### 1. Von den Verlustgründen.

Ein Vermächtniß kann theilweise durch Verringerung, es kann auch gänzlich entzogen werden.

I. Eine gemeinrechtlich ganz regelmäßig vorkommende Verringerung, nämlich die durch den Abzug des falcidischen Viertels, ist im preußischen Rechte bekanntlich ausgeschlossen (§. 134, II). Von einem anderen Falle, wo die Legatare sich wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Entrichtung der Schulden, der Pflichttheile und sämmtlicher Vermächtnisse verhältnißmäßige Abzüge gefallen lassen müssen, ist ebenfalls schon ausreichend gehandelt worden (§. 134, III). Das römische Recht kennt noch einen dritten Fall, wo der Legatar aus dem Grunde, weil die Portion des Belasteten sich vermindert, eine verhältnißmäßige Verminderung seines Vermächtnisses dulden muß. Wenn z. B., sagt Julian, Jemandem ein ganzes Landgut mit der Auflage, dem Erben Zehn (Tausend Sestertien) zu geben, vermacht wurde, er aber davon nur einen Theil erwerben konnte; so braucht er nicht die ganze Summe zu geben, sondern nur einen Theil nach dem Verhältnisse, in welchem er zum

8) L. 1, §. 2 D. eodem.

9) L. 1, §. 3 D. eodem.

10) L. 1, §. 4 D. eodem.

Vermächtnisse gelangt [1]). Das Landrecht wendet dies Prinzip an auf den Fall, wenn die Legate durch Abzüge wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses vermindert werden: „In dem Verhältnisse, wie der Vortheil des Hauptlegatarii durch den Beitrag zu den Erbschaftslasten geschmälert wird, vermindert sich auch der Vortheil desjenigen, welchem dieser, nach dem Willen des Erblassers, ein Vermächtniß zu entrichten schuldig ist [2]).“ Warum die Geltung dieses Prinzips ausgeschlossen sein sollte, wenn das belastete Vermächtniß des Hauptlegatars sich aus einem anderen Grunde verminderte, läßt sich nicht nachweisen. Eine Verminderung der Unterlegate tritt von selbst auch dann ein, wenn der Hauptlegatar das ihm zugedachte Legat wegen Ueberbürdung mit Unterlegaten nicht annimmt und auch der Substitut und eventuell der Erbe sich darauf nicht einläßt. Dann müssen sich die Unterlegatare mit dem ihnen überlassenen Hauptlegat begnügen [3]).

II. Gänzlicher Verlust der Vermächtnisse kann eintreten theils aus Gründen, welche ihnen mit der Erbfolge gemeinschaftlich sind, theils aus, den Vermächtnissen eigenthümlichen Gründen.

1. Gründe der ersten Art sind: a) alle diejenigen, aus welchen eine letztwillige Verordnung von Anfang unkräftig ist, oder durch Eintritt eines späteren Ereignisses unkräftig wird (oben, §§. 64 flg.), nur daß ein ungültiges Vermächtniß durch ausdrückliche, d. h. mit Bewußtsein der Ungültigkeit erfolgte Anerkennung seitens des Erben, sei er Testaments- oder Intestaterbe, dergestalt verbindlich für ihn wird, daß er zur Entrichtung gezwungen werden kann [4]), und daß er, wenn er ohne vorgängige wörtliche Anerkennung dasselbe, ebenfalls in solchem Bewußtsein, entrichtet hat, von der Rückforderung des Gegebenen ausgeschlossen ist und auch den etwaigen Rückstand noch nachleisten muß [5]). Liegt aber der Anerkennung ein Irrthum des Erben zum Grunde, so ist die condictio indebiti nicht ausgeschlossen [6]). Diese Grundsätze hat das Landrecht aufgenommen [7]). b) Der W i d e r r u f, sowohl der b l o ß e Widerruf (ademtio) (oben, §. 66, S. 710, lit. $\beta$), als die Realrevokation durch

1) L. 20 D. de mortis c. donat. (XXXIX, 6). Vergl. L. 77, §. 29 D. de leg. II; L. 25, §. 1; L. 32, §. 4 D. ad leg. Falc. (XXXV, 2).

2) I. 12, §. 351 u. m. Anm. 90 dazu.

3) Ebenda §. 367 u. m. Anm. 97 dazu. Vergl. §. 287 a. a. O.

4) L. 16, §. 1 C. de testamentis (VI, 23).

5) L. 1, 2 C. de fideicommissis (VI, 42).

6) L. 7 C. de condict. indebiti (IV, 5).

7) I, 12, §§. 611—613.

Translation des Legats (§. 66, S. 712, lit. bb) und durch physische Zerstörung oder Verlöschung des Inhalts der Verordnung (§. 66, S. 718, lit. $\beta$). Die Veräußerung der vermachten Sache macht nicht immer ademtionem legati. Das römische Recht unterscheidet zwischen Verschenkungen und anderen Veräußerungen. Die Verschenkung enthält unbedingt einen Widerruf des Legats, selbst wenn sie als solche ungültig ist[8]), weil es bloß auf die Willensänderung des Testators und deren Ausdruck in Beziehung auf das Vermächtniß ankommt, welche man auch in einer ungültigen Schenkung findet. Bei anderen Veräußerungen soll der animus adimendi bewiesen werden, wobei hinsichtlich der Beweislast Veräußerungen aus Noth oder ohne Noth unterschieden werden[9]). Das Landrecht hat diese verschiedenen Unterscheidungen beseitigt; es kommt allein darauf an: ob bei stattgefundener Veräußerung der vermachten Sache dieselbe wieder zurückerworben und sie also in dem Nachlasse wirklich vorhanden ist; in diesem Falle besteht das Legat[10]). Ist die veräußerte Sache zwar nicht wieder zurückerworben, wohl aber das dafür gelöste Geld von dem Testator bis zu seinem Tode besonders aufbewahrt worden, so wird, wenn der Erbe nicht eine entgegenstehende Willensäußerung nachweist, eine Translation des Legats durch Veränderung des Gegenstandes angenommen, d. h. der Legatar erhält das Geld statt der Sache[11]). Gemeinrechtlich wird außer der Veräußerung noch in einigen anderen Fällen eine Willensänderung des Testators vermuthet, z. B. bei Eintritt einer s. g. Todfeindschaft, oder wenn der Legatar den Testator beschimpft[12]), oder gegen ihn eine Kriminalanklage veranlaßt[13]) u. m. a. Hierauf bezieht sich die abwehrende Anordnung des Landrechts: „Bloße Vermuthungen, daß der Testator seinen letzten Willen habe ändern wollen, verdienen keine Rücksicht[14])." Von den Fällen der Indignität wird unten, im dritten Buche, Abschnitt 2 gehandelt werden.

2. Zu den, den Vermächtnissen eigenthümlichen, Verlustgründen gehört: a) der Untergang oder die Veränderung des vermachten Gegenstandes. Darüber ist bereits oben (§. 131, Nr. III, 2) das

8) L. 18; L. 24, §. 1 D. de adimend. vel transfer. (XXXIV, 4).

9) L. 15 D. eodem. — §§. 11, 12 Inst. de leg. (II, 20).

10) I, 12, §. 316.

11) Ebenda §. 322. — Vergl. L. 6 pr. §. 2 D. de adim. vel transf. (XXXIV, 4).

12) L. 9, §. 1 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9).

13) L. 31, §. 2 D. de adim. vel transfer. (XXXIV, 4).

14) I, 12, §. 598.

Erforderliche vorgetragen. b) Wenn der Testator selbst dem Legatar den vermachten Gegenstand bei seinen Lebzeiten unentgeltlich zuwendet. Dadurch ist das Legat erloschen (§. 134, Nr. IV, 5, lit. c). c) Wenn der Legatar den Gegenstand des Vermächtnisses durch einen wohlthätigen Vertrag oder sonst unentgeltlich von einem Dritten erwirbt. Damit tritt das Legat außer Wirkung [15]).

## §. 138.

### 2. Von den Folgen des Verlustes.

Wird ein Vermächtniß vakant, weil der Legatar den Anfall nicht erlebt, oder weil er das ihm angefallene Vermächtniß ausschlägt, oder weil es ihm wegen Unwürdigkeit oder Undank wieder entzogen wird, so gelangt es in allen diesen Fällen, ohne daß auf die gemeinrechtlich üblichen Unterscheidungen Rücksicht genommen wird, zunächst an den Substituten des Legatars; dann, wenn es an einem solchen mangelt oder der eingesetzte Substitut ebenfalls ausschlägt, an die Mitlegatare vermöge des Zuwachsrechtes in den Fällen, wo dasselbe stattfindet (§. 135, I, Nr. 4); zuletzt, wenn Mitlegatare nicht vorhanden sind oder der Zuwachs verboten ist, an den Testamentserben, falls ein Erbe nicht eingesetzt ist, an den Intestaterben, zurück, d. h. der Belastete ist liberirt und behält den Gegenstand [16]). Als solcher gilt hier aber derjenige nicht, welchem bloß für einen Anderen die Entrichtung oblag [17]).

## Zweite Abtheilung.

## Von besonderen Vermächtnißarten.

## §. 139.

### 1. Vorbemerkung.

Die römischen Rechtssammlungen zählen eine Reihe von besonderen Vermächtnißarten unter eigenen Titeln auf, welche für das heutige Recht wegen der ganz veränderten Sitten und Gewohnheiten keine praktische Bedeutung haben. Das Landrecht handelt gleichfalls, nach seiner äußeren Anordnung unter der eigenen Ueberschrift (Marginalabtheilung) „von besonderen Arten der Vermächtnisse", zählt darunter jedoch eine Anzahl von Vermächtnißgegenständen auf,

15) Ebenda §. 380. — Vergl. §. 6 Inst. de leg. (II, 20); L. 34, §. 7; L. 108, §. 4 D. de leg. I; L. 21, §. 1 D. de leg. III (XXXII).

16) A. L.R. a. a. O. §§. 366—372. — Vergl. L. 50 pr. D. de leg. II; L. un. §. 7 C. de caducis toll. (VI, 51).

17) L. 17 pr. D. de legatis II (XXXI).

welche das römische Recht nicht zu jenen besonderen Vermächtnißarten rechnet, sondern unter den allgemeinen Grundsätzen behandelt werden, namentlich: künftige Sachen, eigene Sachen des Erben, fremde Sachen, Sachen extra commercium, Handlungen, Vermächtnisse der Wahl, vermachte Gattung, Vermächtniß einer bestimmten Sache. Von allen diesen Gegenständen ist bereits in der vorigen Abtheilung gehörigen Orts das Erforderliche vorgetragen. Uebrig sind: das Prälegat, das Vermächtniß einer Quote der Erbschaft (legatum partitionis), das Servituten- und Rentenvermächtniß, das Alimentenvermächtniß, das Vermächtniß einer Ausstattung, das nomen legatum, das legatum debiti, das Vermächtniß poenae nomine relictum. Diese werden am Besten abgesondert behandelt. Das Legat des Pfandrechts kommt im preußischen Recht nicht vor, weil ein solches Legat nur einen Titel geben könnte[1]; dagegen ist dasselbe als die Auflage einer Rechtshandlung (Pfandbestellung) aufzufassen.

## §. 140.

### 2. Die einzelnen eigenartigen Vermächtnisse.

I. **Prälegat** ist Alles, was einem Miterben, außer seinem Erbtheile, als Vermächtniß ausgesetzt ist. Wird damit ein anderer Miterbe oder Legatar belastet, so ist es ein gewöhnliches Vermächtniß, beziehungsweise Untervermächtniß, wovon nichts Besonderes gilt; dasselbe wird daher bei Feststellung der Schuldenrate des mit einem solchen Prälegat bedachten Miterben nicht berücksichtigt, diese vielmehr nur nach der Erbquote bestimmt[2], und wenn mehrere Miterben zu einem solchen Legate ohne Bestimmung der Antheile berufen sind, theilen sie gleichfalls nicht nach Verhältniß ihrer Erbquote, sondern nach Köpfen[3]. — Ist hingegen das Prälegat des Miterben auf die Erbschaft angewiesen, so ist solches ein Voraus (praeceptio), welcher wie eine auf der Masse ruhende Last vor der Theilung weggenommen wird[4]. Die Folge davon ist: a) Der Theil, welcher dadurch, daß die Erbquote des Prälegatars nun verhältnißmäßig geringer ausfällt, von ihm selbst beigetragen wird, gehörte ihm schon als Miterben; im praktischen Ergebniß findet sich daher kein Unterschied zwischen dem römischen Rechte und dem preußischen; je-

1) A. L.R. I, 20, §§. 1—10.

2) L. 1 C. si certum petatur (IV, 2). — A. L.R. I, 12, §. 262.

3) A. L.R. I, 12, §§. 369, 370. — L. 67, §. 1 D. de leg. I; L. 2 pr. D. de instr. leg. (XXXIII, 7).

4) A. L.R. a. a. O. §. 271.

nes faßt das Verhältniß nur theoretisch anders auf, indem es die praeceptio, insoweit der Prälegatar solche selbst sich entrichten soll, für unwirksam hält und diesen Theil als ihm verbleibenden Erbtheil ansieht [5]), was bei Berechnung der falcidischen Quart einen erheblichen Unterschied machte. Schlägt der Prälegatar die Erbschaft aus, so steht das ganze Prälegat einem gewöhnlichen Legate gleich [6]). b) Der mit einem Prälegate bedachte Erbe kann, bei versäumter rechtzeitiger Niederlegung des Inventars und dadurch für die Erben eingetretenem Verluste der Rechtswohlthat, wegen seines Prälegats den Verlust der Rechtswohlthat nicht geltend machen, und nicht Befriedigung von den Miterben, über die Kräfte des Nachlasses hinaus, verlangen, weil er sein eigener solidarischer Mitschuldner ist [7]). — Die Frage über die Anrechnung des Prälegats auf den Pflichttheil ist schon oben (§. 42, S. 418) behandelt.

II. Das Vermächtniß einer Erbschaftsquote war schon zu Justinian's Zeiten außer Gebrauch gekommen. Es war eine Form des älteren Rechts, welche bezweckte, einer Person einen Theil des hinterlassenen Vermögens zuzuwenden, ohne ihr damit die auf den Erben übergehenden Lasten und Verbindlichkeiten aufzubürden. Daher bedeutete ein solches Vermächtniß nicht, daß der Erbe den vermachten Theil der Erbschaft an den Legatar in Natur herausgeben solle, wodurch ja der Zweck vereitelt worden sein würde, wenn an den Bestandtheilen dingliche Rechte und Forderungen Dritter hafteten, sondern es bedeutete, daß der Erbe den reinen Nachlaß mit dem Legatar theilen, d. h. ihm (wie schon oben §. 2, S. 15 angedeutet ist) die Summe herausgeben solle, welche aus dem Ueberschusse auf die vermachte Quote fallen würde. Diese Art Vermächtniß nannte man daher partitio, weil der Vermächtnißinhaber die Erbschaft mit dem Erben, nachdem dieser die Schulden und Lasten mit der entsprechenden Deckung für sich herausgenommen hatte, theilte [8]), daher die Benennung legatum partitionis, legatarius partitiarius. Daß solches zur Ausführung kommen werde, mußte der Erbe dem Legatarius in der alten Stipulationsform zusichern; diesen Vertrag nannte man stipulationes partis et pro

---

5) L. 18, §. 3 D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1); L. 18, L. 34, §§. 11, 12; L. 116, §. 1 D. de leg. I; L. 1, §. 6 D. quod legatorum (XLIII, 1).

6) L. 17, §. 2; L. 18, L. 91, §. 2 D. de legatis I.

7) Pr. des Obertr. 1394, vom 18. Dezember 1843 (Entsch. Bd. XI, S. 276). Vergl. Pr. 2478, vom 22. September 1853.

8) §. 5 Inst. de fideicommissariis hereditat. (II, 23).

parte [9]). Nachdem die hauptsächlich dabei im Auge gehabten Lasten, welche der Erblasser von dem Legatar abwenden wollte (die sacra privata) [10]), in Folge des herrschend gewordenen Christenthums erloschen waren und der Zweck durch Einführung des Universalfideikommisses erreicht werden konnte, gehörte die partitio den Rechtsalterthümern an, d. h. das Bedürfniß dieser Form war verschwunden, wenn auch ein solches Vermächtniß, wenn es noch vorkam, nicht wirkungslos war. Nach dieser Geschichte sollte das legatum partitionis im preußischen Rechte wol keine Stelle finden; allein es darf in einer Darstellung des preußischen Erbrechts nicht übergangen werden, weil es in dem Landrechte Aufnahme gefunden hat: ein Antheil des Nachlasses ist ausdrücklich für einen zulässigen Gegenstand eines Legats erklärt [11]). Da nun jede Bestimmung über die Bedeutung und Behandlung eines solchen Legats, wenn es vorkommt, fehlt, so wird man nicht berechtigt sein, ihm eine andere, als ihm in der Heimath zu Theil wurde, angedeihen zu lassen.

III. Vermächtniß einer Servitut und einer jährlichen Hebung. Nicht allein die bekannten Personalservituten Gebrauch, Nießbrauch, Wohnungsrecht, sondern auch Realservituten, sowie jährliche Hebungen an Geldzinsen, Zehnten, Renten und andere dergleichen feste Hebungen können vermacht werden.

1. Der Realservituten geschieht als Gegenstand eines Vermächtnisses im Landrechte nicht ausdrückliche Erwähnung, wie solches die Pandekten in dem eigenen Titel de servitute legata (XXXIII, 3) thun. Deshalb ist nicht zu bezweifeln, daß auch nach preußischem Rechte Servituten durch Vermächtniß bestellt werden können; an dem römischen Grundsatze, daß Grundgerechtigkeiten durch rechtsgültige Willenserklärungen eingeräumt werden, ist nichts geändert [12]), und hierauf allein beruht die rechtliche Möglichkeit der Konstituirung durch Vermächtniß. Ein solches Vermächtniß entsteht gewöhnlich so, daß der Testator dem Eigenthümer eines benachbarten Grundstücks für dasselbe eine Servitut auf sein Grundstück einräumt; legirt er ein Grundstück, welchem als herrschenden eine Servitut zustand, so ist darin diese Servitut von selbst begriffen.

9) Ulpianus, Fragm., tit. 25, §. 15.

10) Cicero, de legibus, Lib. II, cap. 20: „ne sacris alligaretur", sc. legatum.

11) I, 12, §§. 256—258 und Anm. 18 u. 21 dazu.

12) I, 22, §. 13 u. m. Anm. 11c dazu.

Das dingliche Recht selbst ist dem Legatar mit dem Anfalle erworben; er bedarf hier zur Ausübung keiner besonderen Anweisung des Erben[13]). Nur wenn die Servitut in verschiedener Weise oder auf verschiedenen Theilen des dienenden Grundstücks ausgeübt werden kann und darüber der Testator keine Bestimmung getroffen hat, wird der Erbe dies zu thun haben[14]).

2. Von Personalservituten hebt das Landrecht nur den Gebrauch und den Nießbrauch hervor, doch ist in dem Gebrauchsrechte auch das Wohnungsrecht begriffen. Bei dem Legate von Personalservituten finden sich folgende Eigenthümlichkeiten:

a) Die Ausdrucksweise des Testators kann es zweifelhaft lassen: ob er ein Vermächtniß des Nießbrauchs oder Gebrauchs, oder ein Vermächtniß des Eigenthums, oder nur der jährlichen Früchte (ein legatum annuorum redituum) habe anordnen wollen. Die Alten geben in Beziehung hierauf eine Anzahl von Beispielen der Auslegung, welche auch für das heutige Recht nicht ohne Belehrung sind[15]). Eine von diesen Willensinterpretationen hat das Landrecht reprobirt; sie betrifft den Fall, wo der Testator dem Einen das bloße Eigenthum (die Proprietät) eines Landguts, dem Anderen den Nießbrauch vermachen will. Dies ist zulässig[16]), es wird nur verlangt, daß der Testator sich so ausdrücke, daß man aus den gebrauchten Worten einen solchen Willen mit Sicherheit erkennen könne. Der Jurist setzt nun den Fall, der Testator habe schlechthin „alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi" legirt, und sagt: aus diesen Worten lasse sich jene Absicht, wenn der Testator solche gehabt haben sollte, nicht erkennen (weil der Ausdruck **fundus** das Landgut zum vollen Eigenthum bezeichnet); man könne diese Anordnung nur so verstehen, daß die Nutzungen beiden Legataren gemeinschaftlich sein sollten, da der Eigenthumslegatar von der Benutzung seines Eigenthums nicht ausgeschlossen sei. Hätte der Testa-

---

13) I, 12, §. 288, Worte: „und Rechte", u. §. 311: „der vermachten Sache". Vergl. L. 19, §. 1 D. quemadmodum serv. amitt. (VIII, 6); L. 32 pr. D. de leg. II.

14) A. L.R. I, 12, §§. 388, 389, 404. — Die L. 26 D. de serv. praed. rust. (VIII, 3) bestimmt dies ausdrücklich, doch ist man nicht einig, ob dies nicht als ein Rest der alten Legatenlehre vom legatum per damnationem anzusehen und daher jetzt unanwendbar sei, da nach Justinianschem Recht der Legatar die Wahl bei allgemein ausgedrückten Legaten hat. L. 9 D. de servit. (VIII, 1); L. 28 D. de serv. praed. rust. (VIII, 3). Für das preuß. Recht besteht jedoch dieser Zweifel nicht. §. 388 a. a. O.

15) M. s. darüber meine Anmerkung 53 zu §. 421 d. T.

16) §. 1 Inst. de usufructu (II, 4); L. 6 pr. D. de usufr. earum rerum (VII, 5).

tor dieses beabsichtigt, so mußte er sich anders ausdrücken, etwa: „dem Titius vermache ich das Landgut mit Ausschluß des Nießbrauchs," oder: „mein Erbe soll dem Sejus den Nießbrauch dieses Landguts überlassen[17])." Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Auslegung ist man uneins[18]). Suarez hat die Stelle als einen Rechtsgrundsatz, welcher gegen den Willen des Testators zur Geltung kommen solle, angesehen, und sagt: „Nach der L. 19 D. de usu et usufructu war, wenn dem Einen die Sache, und dem Anderen deren Nießbrauch vermacht worden, der letztere, selbst gegen den Willen des Testators (?), Beiden gemein. Diese sonderbare Vorschrift — ist in dem §. 421 aufgehoben[19])." Demgemäß heißt es dort: „— derjenige, welchem die Substanz als Erben, oder vermöge eines anderen Vermächtnisses zufällt, kann auf den Mitgebrauch oder Mitgenuß keinen Anspruch machen." Diese Verordnung geht über ihr Ziel hinaus. Im Prinzip ist dadurch nichts geändert, es ist hiernach wie nach jener L. 19 Willensfrage: ob dieses oder jenes stattfinden soll, der §. 421 ist ebenfalls nur eine Interpretationsregel.

b) In Ansehung des dies cedens und veniens findet sich eine Verschiedenheit zwischen dem Landrechte und dem R. R. Nach dem letzteren fallen, wenn dem Legate kein Anfangstermin beigefügt ist, beide Zeitpunkte mit dem Antritte der Erbschaft zusammen[20]). Nach dem Landrecht ist hier der dies cedens kein anderer als bei jedem anderen Legate[21]) und auch der dies veniens tritt ebenso mit dem Zeitpunkt ein, wo die Erwerbung der Erbschaft unwiderruflich für den Erben geworden ist, also mit dem Ablaufe der gesetzmäßigen Ueberlegungsfrist[22]); mit diesem Tage tritt denn auch das dingliche Recht und die Befugniß des Legatars zur Anwendung der actio confessoria von selbst ein. Das Eigenthümliche besteht hier nur darin, daß der Erbe in der Zwischenzeit vom Todestage des Erblassers bis zum Ablaufe der Ueberlegungsfrist für den Legatar nichts zu verwalten hat[23]), wie dieses bei vermachten Sachen der Fall ist[24]); denn die mit dem Nießbrauche belegte Sache ist und

17) L. 19 D. de usu et usufr. (XXXIII, 2).
18) M. s. darüber Glück, Kommentar, Bd. IX, S. 189 u. flg.
19) Schlußvorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 83.
20) L. 2, 3, 9 D. quando dies legat. (XXXVI, 2).
21) I, 12, §. 288: „und Rechte".
22) Ebenda §. 303.
23) Gevert a. a. O. §. 44 behauptet irrthümlich das Gegentheil.
24) A. L.R. a. a. O. §. 303, vergl. mit §§. 305—308.

bleibt sein Eigenthum und der Fruchtgenuß bis dahin, wo der Nießbrauch anfängt, ebenfalls, der Legatar hat von den bis dahin gezogenen Früchten gar nichts zu fordern, nur die Herausgabe der Sache nebst Beilaß [25]) kann er mit dem Eintritte dieses Tages verlangen.

c) Der Legatar hat zur Berichtigung der Erbschaftsschulden und Lasten, wenn die Masse nicht ausreicht, nichts beizutragen; sondern Schulden und andere Erbschaftslasten werden aus der Substanz des Nachlasses berichtigt, und wenn dazu auch die zum Nießbrauche vermachte Sache herangezogen werden muß, so vermindert sich dadurch der Nießbrauch um den Betrag, welchen der entzogene Theil an Nutzungen abgeworfen haben würde, d. h. der Nießbrauch reduzirt sich auf den Rest [26]).

d) Kautionsbestellung kann der Erbe oder Legatar der Substanz bei der Einräumung des Nießbrauchs nicht fordern, wenn darüber der Testator nichts bestimmt hat; sobald aber wahrscheinliche Besorgnisse eines Mißbrauchs oder einer Vernachlässigung der Substanz eintreten, muß der Nießbraucher auf Verlangen des Eigenthümers gegen die bevorstehende Beschädigung oder Verringerung der Substanz hinlängliche Sicherstellung leisten [27]). Der Testator kann nach preuß. Rechte die Kaution ohne Zweifel erlassen [28]), allein ein solcher Erlaß versteht sich doch immer nur unter der clausula rebus sic stantibus, d. h. unter der Voraussetzung, daß nachher in den Umständen des Legatars nicht solche Veränderungen eintreten, die ihn zu einer unsichern Person machen [29]).

e) Der Gebrauch oder Genuß verbleibt dem Legatar auf Lebenslang, wenn dem Vermächtnisse keine Bestimmunug einer gewissen Zeit beigefügt ist [30]). In der Lehre vom Nießbrauche lautet die entsprechende Satzung: „Jeder Nießbrauch hört mit dem Tode des Berechtigten auf, und geht in der Regel auf die Erben desselben nicht über. — Auch wenn der Nießbrauch auf eine gewisse Zeit, oder bis zu einem gewissen Erfolge verliehen wäre, erreicht selbiger dennoch mit dem früheren Ableben des Nießbrauchers seine

25) L. 9, §. 7; L. 15, §. 6 D. de usufr. (VII, 1). Vergl. A. L.R. I, 21, §§. 111 u. flg.

26) I, 12, §§. 345 flg.

27) Ebenda §. 422 u. I, 21, §. 20.

28) Nach L. 7 C. ut in poss. leg. (VI, 54) ist dies nicht der Fall.

29) A. L.R. I, 11, §. 760; I, 14, §§. 193, 298; A. G.O. I, 29, §. 10, Nr. 4; Erk. des Obertr. vom 29. April 1864 (Archiv f. Rechtsf. Bd. LIV, S. 137).

30) I, 12, §. 421. — Vergl. II, 1, §§. 457, 470, 471.

Endschaft[31]." Der zweite Satz fehlt also in der Lehre von Vermächtnissen. Es scheint danach, als wenn hinsichtlich der Erlöschung des Nießbrauchs, zwischen einem vermachten und einem verliehenen oder beschiedenen (durch ein Geschäft unter Lebenden begründeten) unterschieden werden müßte, wie dieses auch in Betreff des, einer Korporation, Gemeinde oder anderen juristischen Person zugewendeten, Nießbrauchs geschehen ist, indem der einer solchen Person vermachte Nießbrauch nur 50 Jahre, ein vertragsmäßig beschiedener dagegen so lange, wie die moralische Person noch vorhanden ist, dauern soll[32]. Thatsache ist jedoch nach Suarez's Zeugniß, daß diese Verschiedenheit nicht beabsichtigt worden ist, indem er in seinen Schlußvorträgen sagt: „Zwischen dieser Stelle (§. 179, Tit. 21) und dem §. 423, Tit. 12, nach welchem der ususfructus legatus in diesem Falle nur 50 Jahre dauert, ist eine kleine Antinomie vorhanden. Will man beide Stellen konziliiren, so muß man den hier vorliegenden §. 179 von dem Falle erklären, wenn nach dem deutlich erklärten Willen des Verleihers der Ususfruktus länger oder wohl gar in perpetuum fortdauern soll[33]." Ebensowenig ist eine beabsichtigte Verschiedenheit in den Bestimmungen über die Endigung des einer physischen Person vermachten und des verliehenen Nießbrauchs ersichtlich und da gar kein innerer Grund dazu findbar ist, so wird man nicht fehlgehen, wenn man den §. 421 ([30]) durch den §. 177, Tit. 21 ([31]) ergänzt, zumal hier die Bestimmung anhebt: „Jeder Nießbrauch — hört auf," also auch auf den vermachten Nießbrauch zu beziehen ist. (Vergl. oben, §. 8, Nr. 3.)

f) Vermachte Geldzinsen, Renten, Zehnten und andere sonst zu gewissen Zeiten wiederkehrende Hebungen, dem römischen legatum annuum entsprechend und dem legatum usus fructus ähnlich[34], fangen an mit dem ersten nach dem Tode des Erblassers fällig werdenden Termine[35] und endigen, wie der Usufruktus, wenn ein beigefügter Endtermin nicht früher eintritt, mit dem Tode des Legatars, folglich auch, wenn eine juristische Person der Legatar ist, mit deren Erlöschung[36]. Das Landrecht hat freilich hier-

31) I, 21, §§. 176, 177.

32) Ebenda §. 179 u. I, 12, §. 423.

33) Jahrbücher, Bd. XLI, S. 64.

34) L. 8 D. de annuis legatis (XXXIII, 1): „In singulos annos legatum simile est usufructui".

35) A. L.R. I, 12, §. 304.

36) Ebenda §. 423.

bei hauptsächlich fundirte Hebungen aus Grundstücken im Sinne, während im R. R., welches dergleichen Reallasten nicht kennt, nur von persönlichen Leistungen des Belasteten die Rede ist; dadurch ist jedoch die Natur des Vermächtnisses nicht geändert[37]). Nur in der schließlichen Abwickelung, nach der Erlöschung des Rechts während des Laufs eines Zeitabschnitts, hat das Landrecht einen anderen Grundsatz als das röm. Recht. Nach diesem ist ein solches Vermächtniß umfangreicher, insofern, als mit dem Anfang eines jeden Zeitabschnitts, wenn der Legatar in dem Laufe desselben stirbt, das Vermächtniß für den ganzen Zeitabschnitt an dessen Erben entrichtet werden muß, während bei dem eigentlichen Nießbrauche die bei dem Tode des Nießbrauchers noch nicht gewonnenen, wenngleich reifen, Früchte den Erben desselben nicht zufallen, nämlich nach dem römischen Grundsatze ([34]). Das Landrecht hat in Betreff des Abschlusses ganz andere, auf alle Arten von Nießbrauchsrechten anwendbare Grundsätze selbstständig festgestellt; indem es genau mit der Endigung des Nießbrauchs auch die Vortheile desselben aufhören läßt und daher eine Theilung der Einkünfte desjenigen Zeitabschnitts, in dessen Laufe der Nutznießer stirbt, nach Verhältniß des Zeitverlaufs zwischen dessen Erben und dem Eigenthümer vorschreibt[38]). Das R. R. betrachtete das annuum legatum als so viele verschiedene Legate, wie Termine fällig wurden, so daß jeder Termin als ein neu angefallenes Legat erlebt und erworben werden mußte. Daraus wurde gefolgert, daß der Legatar das ihm noch nicht angefallene Legat nicht vererben konnte, und daß künftige Termine als noch nicht deferirte Legate durch Standesänderung (capitis deminutio) nicht verloren gehen konnten, weil sie als in dem veränderten Zustande neu deferirt nun erst erworben wurden[39]). Die zweite Folgerung hat heutzutage nur noch in den seltenen Fällen, wo der im Genusse befindliche Legatar seine Erwerbsfähigkeit verliert und später wieder gewinnt, praktische Wirksamkeit; die erstere aber erklärt auch jetzt noch, warum das Vermächtniß einer periodischen Geldrente, welches an und für sich keineswegs ein s. g. höchst persönliches d. h. ein von der Person des Berechtigten untrennbares Recht, vielmehr

---

37) Im Gegentheil, das Vermächtniß der Einkünfte aus einem solchen Realrechte oder einer Gerechtigkeit ist dem eigentlichen Nießbrauche an einer körperlichen Sache ähnlicher als jene römischen persönlichen Verbindlichkeiten.

38) A. L.R. I, 21, §§. 170 u. flg.

39) L. 10, 11 D. quando dies leg. (XXXVI, 2); L. 1, §. 16 D. ad L. Falcid. (XXX, 2); L. 35, §. 7 D. de m. c. donat. (XXXIX, 6). — L. 10 D. de capit. dem. (IV, 5); L. 8, §. 4 D. de ann. leg. (XXXIII, 1).

in bonis ist, mit dem Tode des Legatars erlöschen muß: er hat die künftige Delation nicht erlebt und kann sie daher nicht als ihm bereits angefallene Rechte vererben[40]).

IV. Das dem annuum legatum äußerlich ähnliche Vermächtniß von Alimenten hat den Zweck, einer hülfsbedürftigen Person die Mittel zur Erhaltung des leiblichen Daseins zu verschaffen; wird einer Person, die selbst sich ernähren kann, unter dem Namen von Alimenten eine periodische Rente vermacht, so ist dies ein gewöhnliches legatum annuum vel menstruum. Der Zweck des Alimenten-Vermächtnisses giebt von selbst Betrag, Umfang und Dauer desselben an die Hand, wenn darüber die Verordnung des Testators keine Bestimmung enthält. Danach umfaßt dasselbe Nahrung, Kleidung und Wohnung, „quia sine his ali corpus non potest;" Mittel zu geistiger Ausbildung sind darunter nicht begriffen, namentlich solche nicht, „quae ad disciplinam pertinent[41])." Fehlt eine Bestimmung über die Quantität, so soll vor Allem darauf gesehen werden, was der Erblasser selbst, wenn er schon bei seinem Leben den Bedachten alimentirte, zu verabreichen gepflegt hat; sodann darauf, was er Anderen von derselben Klasse an Alimenten zugewendet hat; endlich, wenn keine dieser Maßgaben vorliegt, auf das Vermögen des Erblassers und auf die Lebensweise des Bedachten[42]). Die Grenze wird durch das Bedürfniß bestimmt, daher kann das Vermächtniß lebenslang dauern, wenn der Bedachte in Hülfsbedürftigkeit stirbt und der Erblasser keinen Endtermin vorgeschrieben hat[43]). Denn die Wirkung dieses Vermächtnisses besteht in der Begründung einer Alimentationsobligation zwischen dem Belasteten und dem Begünstigten, welche passiv auf die Erben des Ersten übergeht, und deren Inhalt und Dauer sich aus den beiderseitigen Vermögens- und Lebensverhältnissen bestimmt. — Das Landrecht hat diesen Begriff des Alimentenvermächtnisses festgehalten. Als Begünstigter wird Jemand vorausgesetzt, „der sich selbst nicht verpflegen kann," und die Dauer der dadurch begründeten Verbindlichkeit zur Reichung der Alimente fällt zusammen mit der Zeit, durch welche derselbe sich in diesem Zustande

---

40) L. 4 D. eodem: „— — legatum — primi anni purum, sequentium conditionale: videri enim hanc inesse conditionem si vivat, et ideo, mortuo eo, ad heredem legatum non transire."

41) L. 6 D. de alim. legatis (XXXIV, 1). Vergl. L. 21 D. eodem.

42) L. 22 pr. u. L. 23 D. eodem. Vergl. L. 14, §. 2. D. eodem.

43) L. 14, §. 1 D. eodem.

befindet, wenn kein Endtermin bestimmt ist[44]). Daraus wird gefolgert, daß die einem Kinde ohne weitere Bestimmung vermachten Alimente so lange zu reichen sind, als dasselbe sich selbst seinen Unterhalt nicht erwerben kann[45]). Das vom Erblasser nicht bestimmte Maß wird nach denselben Rücksichten richterlich festgestellt, welche das römische Recht dabei zu nehmen vorschreibt ([42]), nur ist noch beigefügt, daß, wenn der Legatarius von Adel und den Kriegsdiensten gewidmet ist, auch die erste Offiziers-Equipage zu der im Unterhalte begriffenen Kleidung gehört[46]). Diese Ausdehnung beruht auf der nun aufgehobenen Bevorrechtigung derer von Adel zu den Ehren- und Offizierstellen im Staate; nachdem Standesvorrechte nicht mehr stattfinden[47]), kommt es bei der hier vorliegenden Frage nur darauf an: ob der Legatar als Offiziers-Aspirant dem Kriegsdienste gewidmet ist. — Den Begriff der Alimente faßt das Landrecht etwas weiter als das römische Recht, indem es darin auch die Erziehungskosten und die Kosten der Erlernung einer Kunst oder eines Handwerks, doch weder die Kosten der Ausstattung noch des Studirens, begreift[48]). — Eine Begünstigung, welche dieses Legat nach röm. Rechte genießt, nämlich die: daß ein solches auch einem Erbunfähigen vermacht werden kann[49]), übergeht das Landrecht. Daraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß ein solcher ein Alimentationslegat nicht erwerben könne. Denn der Grund jener Begünstigung sind die allgemeinen Rechte der Menschheit, vermöge welcher auf die Mittel zur Befriedigung solcher Bedürfnisse, die für alle Menschen nach Naturgesetzen dieselben sind, jeder Mensch als solcher Anspruch hat, und diese Rechte räumt auch das Landrecht einem Rechtsunfähigen ein[50]).

V. Das Vermächtniß einer zu bestellenden Ausstattung oder Aussteuer entspricht der römischen dos legata. Als Begünstigter wird eine Frauensperson vorausgesetzt und wenn Gegenstand oder Betrag nicht bestimmt sind, so wird dies durch richterliches Ermessen ergänzt. Hierin gleicht dieses Vermächtniß dem Alimentenvermächtniß, d. h. darin, daß es nicht, wie ein ge-

---

44) I, 12, §. 441.

45) Ebenda §. 442. Vergl. L. 14, §. 1 D. eodem.

46) A. L.R. a. a. O. §§. 443, 344, 346.

47) Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850, Art. 4.

48) A. L.R. a. a. O. §. 445.

49) L. 11 D. eodem; L. 3 pr. D. de his quae pro non scriptis (XXXIV, 2).

50) I, 1, §§. 11 u. 18.

wöhnliches Vermächtniß, wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes wirkungslos ist, und das Landrecht befindet sich insoweit mit dem römischen Rechte in Uebereinstimmung[51]). Doch in Ansehung der Rücksichten, von welchen das Ermessen geleitet werden soll, weichen beide Rechtssysteme von einander ab. Nach römischen Ansichten soll die Würde, das Vermögen, die Zahl der Kinder des Testators und auch die Würde des künftigen Ehemannes, wenn er bekannt ist, maßgebend sein[52]); das Landrecht dagegen will, daß lediglich die Aussteuer oder Ausstattung, wie sie die Legataria standesgemäß nach den gesetzlichen Bestimmungen würde fordern können, zum Maßstabe dienen soll, nur daß, wenn sie von höherem Stande als der Erblasser ist, sie sich mit der niedrigsten Art der Aussteuer, die sie nach ihrem Stande verlangen kann, begnügen soll[53]). Ob dieses Vermächtniß ein legatum sub conditione oder ein legatum sub modo sei, ist gemeinrechtlich streitig[54]). Nach dem Landrechte ist dies eine quaestio facti, welche durch Auslegung der Willenserklärung des Testators festgestellt werden muß; für den Zweifelsfall ist jedoch die Interpretationsregel gegeben, daß eher ein beigefügter Zweck als eine aufschiebende Bedingung anzunehmen sei (oben, §. 27, Nr. II). Aber wenn auch ein legatum sub modo vorliegt, so kann es doch nicht gefordert werden, wenn die Braut oder der Bräutigam vor der Heirath starb[55]). — Diese eigenthümlichen Bestimmungen finden auf den Fall, wenn einer Mannsperson etwas zur Ausstattung bei Anfang einer abgesonderten Wirthschaft vermacht wird[56]), keine Anwendung; sie sind nur für das einer Frauensperson ohne weitere Bestimmung ausgesetzte Vermächtniß einer Aussteuer oder Ausstattung gegeben[57]); jenes Vermächtniß wird wie ein gewöhnliches behandelt. — Die römische dos praelegata ist gleichfalls nicht als ein eigenartiges Vermächtniß aufgenommen, es ist daher als ein Vermächtniß einer Schuld des Testators an den Gläubiger (des schuldenden Ehemannes, an die hinterbliebene Ehefrau) anzusehen.

---

51) Vergl. L. 69, §. 4 D. de jure dotium (XXIII, 3).

52) L. 43 D. de leg. III; L. 69, §. 4 i. f. D. de jure dotium.

53) I, 12, §§. 447, 448.

54) Darüber s. m. Höpfner, Kommentar, §. 565, Note 1; Hasse, Güterrecht der Ehegatten, §§. 88, 89 u. A.

55) L. 71, §. 3 D. de conditionibus (XXXV, 1): „Ante nuptias vero Titio vel muliere defunctis legatum apud heredem manet."

56) Vergl. II, 2, §. 232 und I, 12, §. 488.

57) Ebenda I, 12, §. 447.

VI. Das Vermächtniß einer Forderung oder eines sonstigen Anspruchs hat mehrere Unterarten, nach Verschiedenheit des Gegenstandes. Der Gegenstand kann sein: eine bestimmte Aktivforderung des Erblassers oder des Erben (nomen legatum) an einen Dritten; eine Anweisung auf ein solches; eine Schuld des Legatars (liberatio legata); eine Forderung des Legatars an den Erblasser oder an einen Dritten (legatum debiti).

1. Das nomen legatum kann eine dem Erblasser selbst oder seinem Erben oder sonst einem von ihm Honorirten, den er belasten kann, an einen Dritten zustehende Forderung auf eine Geldsumme, oder auf Leistung einer Sache, welche der Erblasser oder Belastete z. B. erkauft, ertauscht, aber noch nicht übergeben erhalten hat, sein; die Forderung wird schon dadurch vermacht, daß dem Legatar die bestimmte Sache überwiesen wird [58]), und das Legat überhaupt wird schon durch die Vermachung der über den Anspruch vorhandenen Urkunde gültig ausgesetzt [59]). Die Errichtung dieses Legats kann auch in der Weise rechtsgültig geschehen, daß dem Legatar Alles, was in einem gewissen Behältnisse sich befindet, vermacht wird: finden sich darin nur Urkunden über Ansprüche auf den Namen des Testators, so sind solche Ansprüche dem Legatar vermacht; finden sich in dem Behältnisse aber neben solchen Urkunden noch andere Sachen, namentlich gemünztes Geld, Banknoten, Kassenanweisungen, Staatsschuldenscheine, Pfandbriefe, Aktien und andere das baare Geld vertretende Papiere, so wird, in Ermangelung einer näheren Willenserklärung des Testators, das Legat so verstanden, daß nur „diese anderen Sachen" vermacht, jene Forderungen und Ansprüche aber ausgeschlossen seien [60]). Ist nun hiernach ein Vermächtniß bestimmter Aktivforderungen vorhanden, so kommt noch in Frage: wie es mit den Accessorien, namentlich den Zinsen zu halten. Hinsichtlich der beim Anfalle laufenden ist kein Zweifel, die Frage betrifft die verfallenen, versteht sich, vorbedungenen Zinsen. Das röm. Recht sieht die Zinsen als eine Erweiterung des Forderungsrechts an [61]); das Landrecht betrachtet die fällig gewordenen Zinstermine als selbstständige Forderungen und ver-

58) L. 39, §. 3 D. de legatis I.

59) Marginale zu §. 408 a. a. O. — Vergl. L. 44, §§. 5, 6 D. de leg. I; L. 59 D. de leg. III.

60) A. L.R. a. a. O. §§. 414, 415.

61) L. 34 pr. D. de legat. III: „videri universam ejus nominis obligationem legatam."

ordnet demgemäß, daß dem Legatar das Kapital nebst allen nach dem Tode des Erblassers fälligen Zinsen gebühre [62]). Von diesem also bestellten Legate gelten folgende Grundsätze:

a) Der Legatar hat von dem Erben (oder sonstigen Belasteten) nichts weiter zu fordern als die Cession der bestimmten Forderung ohne alle Gewährleistung, er trägt daher den Verlust, wenn die Forderung unbegründet, oder schon vor der Aussetzung des Legats getilgt, oder der Schuldner zahlungsunfähig ist [63]), analog dem Vermächtniß einer Sache oder eines Rechts, welche oder welches der Testator nicht hat und zu besitzen irrig vermeint; wogegen

b) der Legatar den Betrag des Kapitals aus der Masse in dem Falle fordern kann, wenn die Forderung durch Gegenforderungen, die erst nach der Aussetzung des Vermächtnisses entstanden von dem Erblasser darauf nicht verrechnet worden sind, aufgehoben wird [64]); hat sich der Erblasser darüber mit dem Schuldner berechnet, so gilt das Vermächtniß, soweit dadurch die Forderung kompensirt ist, für zurückgenommen.

c) Hat der Schuldner die Schuld bezahlt, so wird der Fall so behandelt wie wenn der Erblasser eine vermachte bestimmte Sache veräußert hat; hat er das empfangene Geld bis an seinen Tod besonders aufbewahrt, oder dasselbe sofort wieder ausgeliehen, wenn auch in einer verminderten Summe, so gilt dies, wenn nicht eine andere Absicht des Testators dabei klar erhellet (von dem Erben vollständig bewiesen werden kann), für eine Translation des Vermächtnisses und der Legatar erhält das davon Vorhandene [65]).

d) Der Legatar darf die vermachte Forderung nicht eigenmächtig einziehen, er muß die Cession des Erben erwarten [66]).

2. Die dem Vermächtnisse einer Geldsumme beigefügte Anweisung auf ein ausstehendes Kapital ist kein nomen legatum, wird aber theilweise ihm analog behandelt. Ist nämlich die als Zahlmittel angewiesene Schuld unrichtig oder unbeibringlich, so ist das Vermächtniß „ohne Wirkung“, wie es heißt, was jedoch

---

62) I, 12, §. 408.

63) Ebenda §§. 409, 410. — L. 75, §§. 1, 2 D. de leg. I; L. 21 pr. §. 1 D. de liber. leg. (XXXIV, 3).

64) A. L.R. a. a. O. §. 411.

65) Ebenda §§. 412, 413 u. m. Anm. 44 dazu. Vergl. §. 322 und die Anm. dazu, und L. 11, §. 13 D. de leg. III.

66) A. L.R. a. a. O. §. 311. — Erk. des Obertr. vom 30. Mai 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 240). — Vergl. L. 44, §. 6; L. 75, §. 2 i. f. D. de leg. I; §. 21 Inst. de leg. (II, 20)

nicht so gemeint ist, sondern nur heißen soll, daß der Legatar keine Forderung an den Belasteten machen kann; denn kommt der Schuldner wieder zu besseren Vermögensumständen, so kann auch der Legatar sein Legat geltend machen, soweit der Schuldner zahlen kann [67]). Das praktische Resultat im Falle der Uneinziehbarkeit ist hiernach, daß der Legatar lediglich auf die fragliche Forderung angewiesen ist, gleich als wäre das Vermächtniß ein nomen legatum; und hieraus ist zu folgern, daß er auf den Betrag seines Vermächtniß eine Cession der angewiesenen Forderung zu fordern wohl berechtigt ist; der Erbe hat gar kein Interesse zum Widerspruch. Die Gleichstellung der Unrichtigkeit und der Uneinziehbarkeit der angewiesenen Forderung ist eine Eigenthümlichkeit des Landrechts. Wie man dazu gekommen und was dagegen zu sagen ist, habe ich schon an einem anderen Orte vorgetragen [68]). — „Ist die Anweisung der vermachten Geldsumme auf gewisse jährliche Einkünfte angewiesen, so kann der Legatar nicht mehr fordern, als die Einkünfte wirklich betragen", heißt es gegensätzlich von einem angewiesenen Kapitale. Der Gedanke ist unklar und hat keine nachweisbare Quelle. Man kann dies so verstehen, daß, wenn die vermachte Geldsumme die Jahreseinkünfte, auf welche sie angewiesen ist, übersteigt, der Rest ganz ausgefallen sei. Dem tritt jedoch der folgende Satz entgegen: „Doch müssen die Ausfälle Eines Jahres aus den Ueberschüssen, welche in den nächstfolgenden drei Jahren sich ereignen, soweit diese dazu hinreichen, vergütet werden [69])." Darnach ist an eine vermachte Summe, welche aus den angewiesenen Einkünften nach und nach bezahlt werden soll, nicht zu denken. Um einen Sinn in dieser Bestimmung zu finden, muß nicht das Vermächtniß einer bestimmten Summe, wovon die hierher gehörige Reihe der Sätze ausgeht, sondern das einer periodischen Rente (ein annuum etc. legatum) vorausgesetzt werden, und dann würde es heißen sollen: wenn z. B. Jemandem jährlich 100 vermacht und diese auf gewisse Einkünfte angewiesen sind, so erhält er, falls die Einkünfte im ersten Jahre nur 80 betragen, nicht mehr als diese 80; falls dieselben im nächstfolgenden Jahre 110 betragen, so erhält er auch diese ganz, den Ueberschuß der 10 erhält er auf die im vorigen Jahre zu wenig empfangenen 20, so daß er noch 10 zu fordern behält; falls im zweit-

---

67) A. L.R. a. a. O. §§. 417, 418.

68) Anm. 51 zu §. 417 u. Anm. 58 zu §. 302 d. T.

69) A. L.R. a. a. O. §§. 419, 420.

folgenden Jahre die Einkünfte 105 betragen, erhält er auch diese und hat nun noch 5 aus dem ersten Jahre zu fordern; falls nun im drittfolgenden Jahre die Einkünfte nur 90 betragen, so ist der alte Rest von 5 erloschen, und wegen des neuen Ausfalls von 10 fängt eine neue Tilgungsperiode an.

Der Fall, wenn eine vermachte Summe auf ein Kapital angewiesen und dieses von dem Erblasser nachher eingezogen worden ist, wird anders behandelt als das nomen legatum: der Erbe soll nun Zahlung leisten[70]).

3. Das Vermächtniß der eigenen Schuld des Legatars (liberatio legata) kann in zweierlei Weise angeordnet werden. a) Der gewöhnliche Fall ist der, daß der Testator seinem (oder seines Erben) Schuldner das, was dieser ihm selbst oder seinem Erben[70a]) schuldig ist, vermacht. Ein solches Vermächtniß liegt auch in der Verordnung, daß dem Schuldner seine Verschreibung[71]) oder sein Pfand[72]) zurückgegeben werden soll. Dem Vermächtnisse einer Schuld wird es auch gleich geachtet, wenn Eltern einem Kinde das Einwerfen (die Anrechnung oder Ausgleichung) desjenigen, was es an sich gesetzlich sich anrechnen lassen müßte, erlassen[73]), oder wenn der Testator einem seiner Kinder die ihm gegebene Aussteuer oder Ausstattung zum Voraus vermacht[74]). In gleicher Weise und mit gleicher Wirkung wie eine Schuld kann auch einem dinglich Belasteten das dem Testator oder dessen Erben gegen ihn zustehende dingliche Recht vermacht werden[75]). b) Die andere Weise besteht darin, daß der Testator einem von ihm Honorirten die Handlung auflegt, Jemanden von einer Schuld oder dinglichen Last gegen einen Dritten zu befreien[76]). Damit sind zwei Personen begünstigt: der Schuldner oder Belastete und der Gläubiger oder Berechtigte; jeder hat

---

70) Ebenda §. 416. — Entspricht der L. 23 D. de adim. vel transfer. leg. (XXXIV, 4).

70a) L. 8 pr. D. de lib. leg. (XXXIV, 3).

71) A. L.R. a. a. O. §. 427. Auch wenn der Erblasser sterbend den Schuldschein dem Schuldner zurückgiebt, ist dies ein gültiger Erlaß. L. 3, §§. 1, 2 D. de liber. legata (XXXIV, 3).

72) A. L.R. a. a. O. §. 427. Eine solche letztwillige Verordnung wird als Erlaß der Schuld selbst verstanden. Vergl. L. 1, §. 1 D. eodem. Was soll der im Angesichte des Todes also Verfügende Anderes damit bezwecken? Daher enthält eine Pfandrechtsaufhebung unter Lebenden den Erlaß der Schuld nicht. A. L.R. I, 20, §. 70.

73) A. L.R. a. a. O. §. 428.

74) Ebenda §. 449.

75) L. 86, §. 4 D. de leg. I; L. 1, §. 1 D. de liber. leg. (XXXIV, 3).

76) L. 8 pr. D. eodem.

eine Klage auf Erfüllung dieser Auflage aus dem Testamente gegen den Onerirten [77]).

Die Wirkung dieses Legats besteht darin, daß die eigenen Ansprüche des Erblassers nebst allen vor und nach Errichtung des letzten Willens aufgelaufenen Zinsen, mit Ausnahme derjenigen Forderungen, die erst nach Aussetzung des Vermächtnisses entstanden und nicht deutlich als mit inbegriffen bezeichnet sind, für erlassen zu achten [78]). Ist die Forderung des Erben vermacht, so tritt diese Wirkung erst dann ein, wenn derselbe nicht von dem beneficium inventarii Gebrauch macht oder nicht mehr Gebrauch machen kann. In beiden Fällen vollzieht die Wirkung sich ipso jure und der Legatar kann die Zurückgabe seines Schuldscheins, bei Hypothekenposten auch den Löschungskonsens des Erben fordern. Soll der Legatar von der Schuld gegen einen Dritten befreit werden, so muß der Belastete eine entsprechende Handlung mit dem Dritten vollziehen. — Nimmt der Testator die eigene Forderung noch bei seinem Leben bezahlt, so ist eben dadurch das Vermächtniß zurückgenommen [79]); der Testator müßte denn das empfangene Geld mit Vorbedacht für den Legatar besonders und ausdrücklich bis an seinen Tod aufgehoben haben [80]). — Ist die Befreiung von einer Forderung des Onerirten vermacht und wird dieselbe an den Gläubiger vor dem Anfalle des Legats bezahlt, so ist dasselbe, wenn der Onerirte ohne Arglist die Zahlung eingefordert hat, gegenstandslos geworden [81]). Dieses ist immer der Fall wenn der Legatar von einer Schuld gegen einen Dritten befreit werden sollte, welche zur Zeit des Todes des Erblassers nicht mehr vorhanden war. — War zur Zeit der Errichtung des Legats der vermachte Anspruch überhaupt nicht vorhanden, so ist das Vermächtniß ohne Wirkung und der Erbe ist nicht gehalten, statt der Liberation die genannte Summe oder Sache zu geben [82]).

4. **Das Vermächtniß dessen, was der Testator dem Legatar** (als seinem Gläubiger) **schuldig ist** (legatum debiti), ist unnütz: wenn der Testator keine Summe angegeben und auch

77) L. 3, §. 5; L. 4 D. eodem.

78) A. L.R. a. a. O. §§. 425, 426. — L. 31, §§. 4, 5 D. eodem. Vergl. L. 28, §. 1 D. eodem.

79) L. 7, §. 4; L. 21 pr.; L. 31 pr. D. eodem.

80) Nach Analogie des §. 412 a. a. O.

81) L. 24 D. eodem.

82) A. L.R. a. a. O. §. 429. — L. 13, L. 25 D. eodem.

das über die Schuld sprechende Instrument nicht bezeichnet hat[83]; wenn es in keiner Hinsicht vortheilhafter als die Schuld ist, folglich der Legatar dabei gar kein Interesse hat[84]). Auch das ist kein legatum debiti, wenn der Testator Jemandem schlechthin eine Summe ohne weitere Bestimmung vermacht, welche der Schuld, die der Legatar von dem Testator zu fordern hat, ganz gleich ist; in diesem Falle ist das Vermächtniß ein gewöhnliches und es muß Beides, Legat und Schuld, entrichtet werden[85]). Gegenstand eines legatum debiti kann auch die Schuld eines Anderen sein, welche der Testator dem Gläubiger vermacht: dadurch erhält der Gläubiger neben seinem ursprünglichen Schuldner einen Zweiten in der Person des Belasteten, von welchem er die Zahlung nicht mit der eigenthümlichen Schuldklage, sondern mit der actio legati fordern kann[86]), und zwar von Jedem, nach seiner Wahl, das Ganze. Vortheilhaft und daher nützlich und wirksam ist das Vermächtniß in folgenden Fällen: a) Wenn eine Summe genannt ist, so muß dieselbe entrichtet werden, auch wenn sie höher als die Schuld, oder ein Grund der Schuld nicht auszumitteln ist; das Legat soll hier als Anerkenntniß gelten[87]). Dadurch weicht das Landrecht von dem R. R. ab; denn nach diesem muß das Legat bezahlt werden, wenn auch eine Schuld gar nicht existirt; wogegen nach dem Landrechte der Nachweis, daß ein Schuldverhältniß nicht vorhanden war, das Anerkenntniß als ein irriges entkräften würde, wenn nicht erhellete, daß der Testator, wohl wissend, daß er nichs schuldig sei, dennoch diese Legatsform gewählt habe[88]). b) Wenn Einreden gegen die Forderung zulässig sein würden: diese werden dadurch beseitigt, wie z. B., wenn eine Bürgin, welche nicht verwarnt worden war, in ihrem Testamente die Bezahlung der Bürgschaftsschuld angeordnet hat[89]); c) wenn die Schuld eine bedingte war: dann wird sie dadurch unbedingt; aber eine betagte wird dadurch nach dem Landrechte noch

---

83) A. L.R. a. a. O. §. 431 u. §§. 437, 438. — §. 15 Inst. de leg. (II, 20); L. 75, §. 1 D. de leg. I; L. 25 D. de lib. leg. (XXXIV, 3).

84) §. 14 Inst. de leg. (II, 20); L. 29 D. de leg. I.

85) A. L.R. a. a. O. §§. 439, 440, u. m. Anm. 67 dazu. Vergl. L. 4 D. de dotis coll. (XXXVII, 7); L. un. §. 3 C. de rei uxor. act. (V, 13); L. 22, §. 3 D. solut. matrim. (XXIV, 3).

86) L. 3, §. 5; L. 4 D. de liber. leg. (XXXIV, 3).

87) A. L.R. a. a. O. §§. 430, 432.

88) M. Anm. 64, Abs. 2 zu §. 430 a. a. O. u. die dort angef. röm. Stellen.

89) I, 12, §. 430; I, 14, §. 236. — L. 13 D. eodem; L. 28 pr. D. de leg. I.

nicht unbetagt, wie es das R. R. annimmt, sondern der spätere Fälligkeitstermin muß ausdrücklich beseitigt werden[90]); d) wenn die Schuld nicht gesichert und nicht bevorzugt ist: dann erlangt der Legatar den Vortheil eines gesetzlichen Titels zum Unterpfandsrechte[91]); e) wenn die Schuld einer kurzen Verjährung unterworfen ist: dann erwirbt der Legatar die der gewöhnlichen Verjährung unterworfene actio ex testamento[92]). — Ist die zur Zeit der Errichtung des Legats existente Schuld demnächst von dem Erblasser bezahlt worden, so ist das Legat erloschen[93]).

VII. Das Vermächtniß zur Strafe (legatum poenae nomine relictum), oder die Verordnung, daß dem Erben oder Legatar das ihm Zugedachte entgehen solle (clausula privatoria) oder sonst gewisse Nachtheile erwachsen sollten, wenn er den letzten Willen anfechten, oder den ihm gemachten Auflagen nicht nachkommen würde, bezieht sich nicht auf den Fall, wenn die unerfüllt bleibende Auflage eine unmögliche, unsittliche oder unerlaubte ist, und auch nicht auf den Fall, wenn bloß die Gewißheit und Richtigkeit des letzten Willens bezweifelt wird, wohin z. E. die Anfechtung wegen Unechtheit der Urkunde, wegen Mangels der Willensfreiheit des Testators, Unglaubwürdigkeit der handelnden Gerichtspersonen und dergleichen gehört; denn in diesen Fällen ist eben auch die Strafandrohung ungewiß und kann nicht zur Ausführung kommen, bevor nicht die bestrittene Thatsache, daß der angebliche letzte Wille rechtlich existire, festgestellt ist. Erst wenn nun der Erbe oder Legatar dem letzten Willen zuwider handelt, verfällt er den ihm angedrohten Nachtheilen[94]).

## §. 141.

### B. Von der Schenkung von Todes wegen.

A. L.R. I, 11, §§. 1134—1139; I, 12, §. 335.

Dieses Rechtsinstitut ist für unser Rechtsleben kein Bedürfniß, das Landrecht hat es jedoch aufgenommen. Das Wesen desselben wird im Allgemeinen so aufgefaßt, daß es eine Art Schenkung ist, deren Eigenthümlichkeit darin besteht, daß sie erst perfekt wird, wenn

90) I, 12, §§. 434, 436. — L. 14 D. eodem; L. 29 D. de leg. I.

91) I, 12, §§. 435, 290.

92) L. 28 pr. D. de leg. I.

93) I, 12, §. 433.

94) Ebenda §. 457 u. m. Anmerkungen dazu. Vergl. Ulpian, Fragm. XXIV, §. 17; §. 36 Inst. de leg. (II, 20); L. un. C. de his quae poenae nom. (VI, 41).

der Schenker den Beschenkten nicht überlebt[1]), und bis zu seinem Tode seine Sinnesänderung, wenn auch ganz formlos, nicht ausgesprochen (die Schenkung nicht widerrufen) hat, und daß sie in den einzelnen Beziehungen, für welche es das römische Recht bestimmt, den für die Legate geltenden Regeln unterworfen ist[2]). Die willkührliche Sinnesänderung ist wegen der durch Zweck und Erfolg begründeten Verwandtschaft dieser Art Schenkung mit Vermächtnissen selbstverständlich, die Widerruflichkeit braucht daher nicht ausdrücklich vorbehalten zu werden; es ändert darin nichts, wenn der Schenker den Gegenstand auch sofort oder später vor seinem Tode übergeben hat[3]). — Die Verfasser des Landrechts, welche die Lehre de donatione m. c. für eine der dunkelsten und verwickeltsten hielten, beabsichtigten dieselbe mehr zu simplificiren und ertheilten diese „mehrere Simplifizirung, die sich auf die einmüthige Meinung aller Rechtslehrer, welche in dubio eher eine donationem inter vivos, als mortis causa präsumiren", gründet, in folgenden beiden §§. 1134, 1135 d. T.[4]):

§. 1134. „Sobald ein wirklicher rechtsgültiger Schenkungsvertrag vorhanden ist, macht es in Ansehung der Rechte des Geschenknehmers, und der Befugniß des Geschenkgebers zum Widerrufe, keinen Unterschied, wenngleich das Geschäft eine Schenkung von Todeswegen genannt, oder die Uebergabe bis nach dem Ableben des Geschenkgebers verschoben wäre."

§. 1135. „Hat aber der Letztere sich den Widerruf bis zu seinem Tode ausdrücklich vorbehalten, so hat der Geschenknehmer, wenn kein Widerruf erfolgt ist, dennoch, wegen eines solchen Geschenks, auf den Nachlaß nur eben die Rechte, wie ein Legatarius."

Hieraus ergeben sich für das preußische Recht folgende Sätze:

1. Ein wesentliches Erforderniß zur Errichtung einer Schenkung auf den Todesfall ist der geradezu wörtlich ausgedrückte Vorbehalt des Widerrufs bis zum Tode des Schenkers; die Benennung der Schenkung ist gleichgültig, auch die Uebergabe entscheidet nichts über die Natur des Rechtsgeschäfts.

---

1) L. 26 D. de m. c. donatione (XXXIX, 6).

2) Um nicht unnütz zu wiederholen, verweise ich über das Nähere auf m. Anm. 96 zu §. 1134 d. T.

3) Paulus, Sent. rec., III, 7; L. 16, 30 D. eodem; §. 1 Inst. de donat. (II, 2).

4) Jahrb. Bd. XLI, S. 25 u. m. Anm. 96 zu §. 1134.

2. Die Form einer Schenkung auf den Todesfall ist nicht die eines Vermächtnisses, sondern lediglich die einer einfachen Schenkung unter Lebenden, es muß also auch jedenfalls der Geschenknehmer acceptiren[5]). Es kann daher auch eine Schenkung auf den Todesfall außergerichtlich in Verbindung mit der Uebergabe gültig geschlossen werden.

3. Der Beschenkte hat nicht die Rechte eines Gläubigers aus einem Negotium inter vivos, sondern nur eben die Rechte, wie ein Legatarius, und zwar nicht bloß, wie nach R. R., in einzelnen Beziehungen, sondern überhaupt. Daraus folgt:

a) Der Beschenkte erwirbt den Anspruch auf das Geschenk erst mit dem Eintritt des dies cedens, welches der Todestag des ohne Widerruf verstorbenen Erblassers ist, und die Entrichtung kann er erst mit dem Eintritte des dies veniens fordern[6]).

b) Er konkurrirt mit den Legataren, er weicht daher dem Pflichttheilsberechtigten und auch dem Vertragserben, diesem insoweit, als die Schenkung den Betrag des Vorbehalts übersteigt, und muß sich eine verhältnißmäßige Reduktion seines Geschenks, beziehungsweise den gänzlichen Ausfall gefallen lassen, insofern der Nachlaß nicht zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall zureicht; er muß auch, falls er den Gegenstand schon erhalten hat, das Zuvielempfangene zurückgeben[7]).

3. Der Widerruf der Schenkung erfordert dieselbe Form wie der Widerruf eines Legats (§. 137, II, Nr. 2).

---

5) Ueber die Schenkungsformen s. m. Recht der Forderungen, Bd. III, §§. 232 flg.

6) Vergl. §. 1 Inst. de donationibus (II, 7).

7) A. L.R. I, 12, §§. 334 u. 335. — Vergl. oben, §. 134, No. III.

# Drittes Buch.

# Von der Erwerbung und dem Verluste der Erbschaft.

## Erster Abschnitt.

## Von der Erwerbung der Erbschaft.

A. L.R. Th. I, Tit. 9, §§. 350—498.

### §. 142.

### I. Prinzip und Erwerbsarten.

Das preußische wie das Gemeine Recht kennt zwei Arten der Erwerbung einer Erbschaft, den Anfall aus einem der im zweiten Buche vorgetragenen Titeln in Verbindung mit der Annahme, und die Ersitzung. Bei der ersten Art ist man im Landrechte von den Grundsätzen des R. R. mit Vorbedacht abgegangen, um, wie man dafür hielt, eine Einheit im Prinzip herzustellen. Nach R. R. wird eine Erbschaft in der Regel nur durch die ausdrückliche Annahme (Antretung) erworben, weil keine freie Person ohne ihren Willen zum Erben eines Anderen gemacht werden kann. Diese Antretung konnte nur nach der Delation erfolgen (eine frühere war nichtig) und erforderte Willens- und Handlungsfähigkeit des Erben. Eine Ausnahme fand statt mit Menschen, welche in der Gewalt des Erblassers waren, in seinem Interesse, was hier auszulegen für uns keinen Nutzen hat. Diese Menschen waren (abgesehen von Sklaven, wovon heutzutage keine Rede sein kann), die in der väterlichen Gewalt des Erblassers stehenden Kinder. Für sie fiel der Zeitpunkt der Delation und des Erwerbs zusammen, sie erwarben die eröffnete Erbschaft ipso jure, ohne alle Erklärung oder Handlung, aus rechtlicher Nothwendigkeit, vermöge eines zwingenden Rechtsgrund-

satzes[1]). Der Erwerb war daher ganz unabhängig von den Erfordernissen einer bindenden Willensäußerung, auch Willensunfähige (Unmündige und Geisteskranke) und solche, welche von dem Anfalle gar nichts wußten, erwarben auf diese Weise die Erbschaft. Hellfeld, auf den ich hier komme, weil die Verfasser des Landrechts sich auf ihn berufen, wie sogleich gesagt werden soll, — fingirt mit Paulus als Grund: „quia vivo patre condomini habentur rerum paternarum et mortuo patre suum recipiunt, et continuant dominium, ideoque non tam hereditaria bona requirunt, sed solum exercitium disponendi facultatis vivo patre impeditum accipiunt“[1a]). Das ließ sich doch gewiß nicht von Sklaven, welche heredes necessarii im allereigentlichsten Sinne waren, sagen. Der wahre Grund war Leibeigenschaft, bei den Kindern etwas gemildert in eine Art Hörigkeit, die später durch das prätorische Edikt durch die ihnen beigelegte Befugniß, die Erbschaft abzulehnen, — die abstinendi potestas (das jetzt s. g. beneficium abstinendi)[2]), neutralisirt wurde. Jener Rechtsgedanke hat äußere Aehnlichkeit mit der deutschen Rechtsparömie: „Der Todte faßt den Lebenden (le mort saisit le vif)“, der innere Grund hiervon war jedoch ein anderer, denn dabei lag bei persönlicher Freiheit allerdings die Idee von einem Familien-Gesammteigenthum zum Grunde, die in dem heutigen Rechte nicht mehr zu finden ist und noch viel weniger den römischen Juristen unterlegt werden kann. — Die Verfasser des Landrechts haben diese Ausnahme zum allgemeinen Rechtsgrundsatze des preußischen Rechts ohne Ausnahme erhoben. Die Rechtfertigung lautet so: Der Satz scheine zwar der Regel des R.R. entgegen: hereditas non adita non transmittitur. Erwäge man aber etwas genauer die vielen Ausnahmen von dieser Regel (Hellfeld ad Pand. §. 1496)[3]), so werde man finden, daß sie die Re-

---

1) L. 1, §. 7 D. si quis omissa causa (XXIX, 4).

1a) Jurisprudentia forensis, §. 1487. — Vergl. L. 11 D. de lib. et postum. (XXVIII, 2).

2) Gajus, Inst., II, §. 158: „Sed his Praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate.“ — §. 2 i. f. Inst. de heredum qualitate (II, 19). — L. 57 D. de acquir. hered. (XXIX, 2); Ulpian, Fragm. XXII, 24.

3) Von vielen Ausnahmen weiß Hellfeld dort nichts, er sagt nur: „Hereditas adquiritur per aditionem. — Exceptio est ratione liberorum suorum, aeque, ac reliquorum, qui hereditatem non aditam transmittunt — in descendentes solum;“ und dabei zieht er die kaiserliche Verordnung L. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt (VI, 52) an, wonach Descendenten des Testators, wenn sie von ihrem Parens instituirt worden sind, und vor Eröffnung des Testaments sterben, den ihnen hinterlassenen Erbtheil auf ihre Kinder transmittiren sollen, d. h. es wird angenom-

gel (die ohnehin nur auf der Jurisprudentia formularia und der Theorie von actibus legitimis bei den Römern beruhe)[4]), ganz aufhöben; zumalen bei uns, wo jeder Erbe, der sich in der bestimmten Frist nicht erkläre, ipso jure für einen Benefizialerben angenommen werde[5]). Dabei ist nur übergangen, daß das beneficium inventarii erst besonders erworben werden muß. — Dies ist die geschichtliche Unterlage der Satzung: „Sobald der Erblasser verstorben, oder für todt erklärt worden ist, fällt die Erbschaft an denjenigen, welchen rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers, oder, in deren Ermangelung, die Vorschriften der Gesetze dazu berufen[6]).“ Hierbei ist nur auf die Inkorrektheit aufmerksam zu machen, daß erst „in Ermangelung rechtsgültiger Willenserklärungen“ die Vorschriften der Gesetze bestimmend sein sollen; man hat dabei nicht an die zwingenden Vorschriften der Gesetze über das Recht der Pflichttheilsberechtigten gedacht, die hierdurch keineswegs haben abgeändert werden sollen und also doch jenen Willenserklärungen vorgehen. Durch die Bestimmung ist lediglich das Prinzip festgestellt: jeder zur Erbschaft Berufene, ohne Unterschied des Titels, erwirbt die ihm beschiedene Erbschaft mit dem Zeitpunkt der Eröffnung ipso jure. Da nun aber Niemand gezwungen werden kann, Erbe eines Anderen zu sein, wenn er nicht will, und dieses auch dadurch anerkannt ist, daß dem Erben freigestellt ist, der Erbschaft zu „entsagen“, also doch ohne irgend welches zwingendes Verhältniß genöthigt wird, eine Handlung zu vollziehen, die ihm Umstände und Kosten macht, wofür er keinen Gewährsmann hat[7]), so passen dazu die daran willkührlich geknüpften Bestimmungen nicht, um die Person, welcher solchergestalt ohne ihr Wissen und Wollen eine überschuldete Erbschaft aufgebürdet wird, gegen Schaden zu schützen. Mit dem hier angenommenen Prinzip hängt das Institut der eidlichen Specifikation zusammen, welche dieselben Wirkungen wie das Inventarium hat, nur mit dem Unterschiede, daß sie nicht an die Formen und Umstände und nicht an eine präklusivische Frist gebunden ist. Statt dieses

---

men, daß der Testator seine Enkel stillschweigend-substituirt habe. Das ist keine Ausnahme, sondern eine Willensauslegung, die ja auch das A. L.R. II, 2, §. 443 ganz ausdrücklich aufgenommen hat.

4) Davon weiß das neuere R. R. gar nichts mehr.

5) Suarez, Schlußvorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 12.

6) I, 9, §. 367.

7) Es ist in der That nicht begreiflich, wie die Laune eines Bettlers eine ihm fremde Person dadurch, daß er sie zum Erben einsetzt, soll nöthigen können, sich Umstände und Kosten zu machen.

Instituts hat man das ganz fremdartige, einem anderen System angehörige Institut des formellen Inventariums unter präklusivischer Frist mit jenem Prinzip verknüpft, welches Vielen zur Falle wird, weil sie von dem auf Willkühr gegründeten Rechte nichts wissen und nichts verstehen; Niemand aus dem Volke begreift es ohne besonders genossenen Unterricht darüber, wie er dazu kommen soll, die Schulden eines Verstorbenen zu bezahlen, um dessen Verlassenschaft er sich wohlbedacht gar nicht gekümmert hat. — Nach Feststellung des Prinzips werden in diesem Abschnitte vorgetragen werden: die Erwerbung durch Anfall und zwar deren Bedingungen, Wirkungen, die Ausschließung der Wirkungen und die Aufhebung der Ausschließung; dann die Erwerbung durch Ersitzung.

## II. Erwerbung durch Anfall.

### §. 143.

#### 1. Bedingungen.

Die erste Bedingung ist: es muß eine Erbschaft vorhanden, d. h. eröffnet sein. Dies ist erst dann der Fall, wenn der bisherige Herr des Vermögens wirklich verstorben (viventis hereditas non datur), oder, falls er verschollen, für todt erklärt ist[1]); liegt dieser Fall vor, so gilt der Tag, an welchem das Todeserklärungsurtel rechtskräftig wird, als Todestag[2]). Die zweite Bedingung ist: der Titel muß ein gültiger sein[2a]). Die dritte: der zur Erbschaft Berufene muß erbfähig[2b]) den Augenblick des physischen Todes, oder den Tag der Rechtskraft der Todeserklärung erlebt haben ([1]). Eine vierte Bedingung besteht darin, daß ein rechtliches Hinderniß dem erbrechtlichen Erwerb nicht im Wege sei, namentlich wird, wenn ein Posthumus in Aussicht ist, welcher den vorhandenen nächsten Erben ausschließen würde, die Erwerbung suspendirt und der Erfolg abgewartet[3]). Kommt ein lebendiges Kind zur Welt, so hat dieses, sobald es vom Mutterleibe lebend getrennt ist, die auf ihn wartende Erbschaft ipso jure erworben; wird die Leibesfrucht todt geboren, so

---

1) A. L.R. a. a. O. §. 367. — L. 25, §. 6; L. 27 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2); L. 1 D. de heredit. vendita (XVIII, 4.)

2) A. L.R. II, 18, §. 835, u. Anm. 38 zu Tit. 1, Th. I.

2a) L. 22 i. f. D. de acquir. vel omittenda heredit. (XXIX, 2).

2b) A. L.R. I, 12, §. 43. — L. 49, §. 1 D. de hered. instit. (XXVIII, 5).

3) A. L.R. I, 9, §. 371. — Vergl. L. 84 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2); L. 30 pr. §§. 1, 2, 4 D. eodem; L. 1, §. 8 D. unde cognati (XXXVIII, 8).

ist der einstweilen zurückgestellte Nächstberufene ipso jure Erbe geworden und in beiden Fällen wird die Erwerbung auf den Todestag des Erblassers zurückbezogen [4]). In der Zwischenzeit ist keinesweges eine hereditas jacens im römischen Rechtssinne vorhanden gewesen, vielmehr wird für denjenigen, welcher nach Eintritt des Erfolges zur Erbschaft gelangt, die Erbschaft besessen und verwaltet, ähnlich dem Sequester, welcher für Beide, nämlich für Jeden eventuell, sequestrirt, wenn zwei Prätendenten mit einander über die Erbschaft streiten: welcher von ihnen der wahre Prinzipal ist, das soll der Ausgang des Streits ergeben, möglich, daß sie daraus Beide als Miterben hervorgehen [5]). Diese Bedeutung hat der Verlassenschaftskurator, welcher in dem in Rede stehenden Falle bestellt werden muß [6]). — Die Berufung unter einer aufschiebenden Bedingung ist kein Hinderniß, welches der sofortigen Erwerbung der Erbschaft im Wege stände. Denn in diesem Falle ist der Intestaterbe direkter Erbe, welcher die Erbschaft sofort ipso jure erwirbt, und der unter einer Bedingung Eingesetzte ist Fideikommißerbe, welcher die Erbschaft mit dem Eintritte der Bedingung gleichfalls ipso jure erwirbt, so wie er die Anwartschaft dazu auch ipso jure schon im Augenblicke der Eröffnung der Erbschaft erworben hatte [7]).

## §. 144.

### 2. Wirkungen an sich.

Die unmittelbare Wirkung der Erwerbung ist der Uebergang der Erbschaft in das Vermögen des Erben; beide Vermögen werden zu einem einzigen Inbegriffe von Sachen und Rechten vereinigt. Die Folge davon ist, daß 1. der Erbe in alle vererbliche Rechtsverhältnisse des Erblassers eintritt, und dieselben aktiv und passiv auf seine Erben transmittirt, auch gleichsam dessen Person vorstellt [8]). Am einfachsten erscheint dieses Rechtsverhältniß und der daraus hervorgehende Zustand, wenn ein Erbe ex asse vorhanden ist; konkurriren mehrere Erben als Miterben, so entsteht unter ihnen das

4) A. L.R. a. a. O. §§. 375, 376.

5) Ebenda §§. 378—380.

6) Ebenda §§. 372—374, 378, 379.

7) Ebenda §. 369 u. Tit. 12, §. 478. Unrichtig ist die unerwiesene Behauptung Crelinger's, Erbrecht, §. 8, daß ein unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzter Erbe oder Legatar erst antreten müsse, um die Erbschaft resp. das Eigenthum zu erwerben.

8) Nov. 48 Praef. i. f.: „cum utique nostris videtur legibus, unam quodammodo esse personam heredis et ejus, qui in eum transmittit hereditatem.“ — L. 27, §. 3 i. f. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1).

Verhältniß des Miteigenthums, wodurch das Verhältniß eines Jeden ein zusammengesetztes wird, indem Jeder den Erblasser, Dritten gegenüber, an sich nur für seinen Theil repräsentirt, zu den Miterben aber in dem Verhältnisse der Gemeinschaft hinsichtlich des Ganzen steht [9]). Eine weitere Folge ist, daß 2. der Erbe alle Verbindlichkeiten des Erblassers erfüllen, selbst die Legate entrichten muß, mag das ererbte Vermögen dazu hinreichen oder nicht [10]); und daß 3. die Rechte und Verbindlichkeiten, welche der Erblasser und der Erbe gegen einander hatten, durch die Vermögensvereinigung (Konfusion) erloschen sind [11]). Diese ohne Wissen und Wollen des Erben eingetretenen Wirkungen und Folgen, welche ihm in vielen Fällen sehr verhängnißvoll werden können, ist ihm durch besondere Benefizien auszuschließen erlaubt.

### 3. Ausschließung der Wirkungen.

### §. 145.

#### a) Ueberlegungsfrist.

I. Vorerst hat der Erbe eine Bedenkzeit, um über den Zustand der Erbschaft Erkundigung einzuziehen und sich zu entschließen, ob er die Erbschaft behalten oder ausschlagen soll. Man nennt diese Frist jus deliberandi, beneficium deliberandi, Deliberationsfrist, Ueberlegungsfrist; sie ist ein römisches Institut, und hat die Wirkung, daß während derselben der Erbe von keiner Seite gedrängt oder angegriffen werden kann, die Wirkungen der Erbschaftserwerbung sind unterdessen suspendirt. Das Landrecht drückt dieses so aus: „Während dieser Frist ist der Erbe auf Forderungen der Erbschaftsgläubiger sich einzulassen, und Prozesse, die von dem Erblasser oder gegen ihn angestellt worden, fortzusetzen nicht schuldig [12]).“ Das schließt nicht aus, einerseits, daß die Gläubiger in Fällen, wo die Voraussetzungen eines Arrestschlages vorhanden sind, die erforderlichen Sicherheitsmaßregeln nehmen, und damit, nach Umständen, auch eine Administration verbinden [13]), andererseits, daß der Erbe

---

9) A. L.R. a. a. O. §. 382.

10) Ebenda §§. 418, 419. Vergl. I, 12, §. 296 u. Pr. des Obertr. 1170, vom 8. August 1842 (Präj.=Samml. I, S. 33). — L. 33 D. de sol. matrimon. (XXIV, 3); L. 8 pr. D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2); L. 10 C. de jure deliber. (VI, 30).

11) A. L.R. I, 16, §§. 476 ff. — L. 29 D. de pignor. act. (XIII, 7); L. 116, §. 4 D. de leg. I; L. 7 C. de pact. (II, 3); L. 5, 6 C. de hered. act. (IV, 16); L. 50 D de fideij. (XLVI, 1); L. 7 C. de negot. gestis (II, 19).

12) I, 9, §. 386.

13) Ebenda §. 387; A. G.O. Th. I, Tit. 24, §. 15. — Vergl. L. 3 D.

während der Frist die Erbschaft verwalte und sich durch Einsicht der erbschaftlichen Papiere ꝛc. die erforderliche Kenntniß von dem Zustande der Verlassenschaft verschaffe [14]). Allein das Institut war ursprünglich berechnet auf freiwillige Erben, welche die Erbschaft nur durch eine mit Willens- und Handlungsfähigkeit vollzogene Rechtshandlung, die Antretung (aditio) erwerben konnten. Der Erbe konnte, ohne Nachtheil für sein Erbrecht, seine desfallsige Erklärung beliebig hinausschieben [15]); aber für andere Interessenten, namentlich für die Gläubiger, war das nicht gleichgültig. Deshalb konnten diese auswirken, daß der Richter den Erben befragte: ob er Erbe sein wolle, oder nicht [16]). Da der Erbe aber mit seiner Erklärung nicht übereilt werden durfte, so brauchte er auf die Frage nicht sofort zu antworten, sondern durfte sich eine Ueberlegungsfrist erbitten, die ihm wohl auch, wenn er sich auf nichts einlassen mochte, auf Antrag der Gläubiger gesetzt wurde [17]). Dieser Maßregeln bedurfte es nicht bei dem Suus, der die Erbschaft schon am Todestage des Erblassers ipso jure erworben hatte, auf ihn konnten also die Gläubiger wegen ihrer Befriedigung ohne Weiteres eindringen. Dennoch wurde das Edikt über die Deliberationsfrist auf die sui heredes angewendet. Wurde nämlich der Notherbe von Erbschaftsgläubigern gedrängt zu einer Zeit, wo er die Kräfte der Erbschaft noch nicht übersehen und daher sich noch nicht entschließen konnte, ob er von der Befugniß, sich zu abstiniren, Gebrauch machen sollte, so blieb ihm doch nur die Entsagung übrig, aber es war ihm dabei der Vorbehalt gestattet, dieselbe wieder, wie ein heres extraneus, durch Antretung zu erwerben, wenn er sich zugleich eine Bedenkzeit (Deliberationsfrist) erbat. Diese konnte ihm „ex causa“, d. h. aus Gründen, welche zu der Aussicht berechtigten, daß sich der Konkurs werde vermeiden lassen, und wenn die Erbschaft von den Gläubigern noch nicht unter den Hammer gebracht war, bewilligt werden [18]). Geschah dies, so hatte der Erbe während der Frist dieselbe Ruhe vor den Gläubigern, wie ein ursprünglicher heres extraneus. Hieraus er-

---

de curator. (XXVII, 10); L. 22, §. 1 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 8, 9 D. quib. ex caus. (XLII, 4); L. 7 D. de jure delib. (XXVIII, 8).

14) A. L.R. a. a. O. §. 388. — L. 5 pr. §. 1 D. eodem; L. 28 D. de acquir. hered. (XXIX, 2).

15) Gajus, Inst., II, §. 167.

16) L. 1, §. 12 i. f. D. de success. edicto (XXXVIII, 9); L. 9 C. eodem (VI, 16).

17) L. 23, §. 2 D. de hered. instit. (XXVIII, 5).

18) L. 33 D. de jure deliberandi (XXVIII, 8).

hellet die geschichtliche Grundlage der im Landrechte vorfindlichen Verbindung der Ueberlegungsfrist mit der Erwerbung der Erbschaft ipso jure, die auf den ersten Anblick und ohne Kenntniß des juristischen Zusammenhanges, der im Landrecht keinen Ausdruck findet, auffällt. Das Landrecht regelt das jus deliberandi selbstständig. Die eine Abweichung vom R. R. besteht darin, daß es dem Erben von Rechtswegen zusteht, es braucht nicht erst ausgewirkt und ertheilt zu werden. Die andere ist die ebenfalls durch das Gesetz geschehene Bestimmung der Fristen, welche, nur mit einer vorgeschriebenen äußersten Grenze, in das Ermessen des Richters gestellt war. Diese Vorschriften können hier übergangen werden. Das Landrecht bestimmt:

„Jeder, dem eine Erbschaft anheimgefallen ist, hat die Wahl: ob er dieselbe mit vorstehenden Rechten und Pflichten annehmen, oder ihr entsagen wolle [19]).“

Diese Bestimmung enthält wesentlich weiter nichts als die Einräumung der abstinendi potestas; denn das „annehmen“ kann ohne inneren Widerspruch nicht mehr erlaubt werden, weil der Erbe längst schon Eigenthümer der Erbschaft ipso jure geworden ist, ehe er zu einer Erklärung kommen kann; er kann sich von der Erbschaft nur noch wieder lossagen, und dieses zu dürfen wird ihm als ein Benefizium hier gegeben. Die Bestimmung entspricht sonst dem Gebot der juristischen Konsequenz dadurch, daß sie jedem Erben, ohne Unterschied des Titels, das Abstentionsrecht zuerkennt, da jeder Erbe mit dem Zeitpunkte des Anfalles die Erbschaft ipso jure erwirbt, daher z. B. auch der Fiskus, dem eine Erbschaft anheimfällt, das Recht hat, sich davon loszusagen, was man ihm in einem einzelnen Falle ganz mit Unrecht bestritten hatte [20]). Mit diesem Lossagungsrechte hat das Landrecht, ganz verständig, das jus deliberandi verknüpft, so daß es nicht erst nachgesucht zu werden braucht, und zwar mit präklusivischer Wirkung. Wer also von diesem Rechte Gebrauch machen will, muß dieses innerhalb der Frist in der vorgeschriebenen Form thun, nach Ablauf derselben kann er „derselben (der Erbschaft) zum Nachtheile eines Dritten nicht mehr entsagen [21]).“ „Zum Nachtheile eines Dritten“ heißt: einem Dritten gegenüber existirt sie nicht; kommt das Interesse eines Dritten nicht ins Spiel,

19) I, 9, §. 383.

20) Pr. des Obertr. 878, vom 30. Mai 1840 (Entsch. Bd. V, S. 351).

21) I, 9, §. 412. — Pr. des Obertr. 1893, vom 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 130); Erk. v. 25. November 1853 (Entsch. Bd. XXVI, S. 253).

so interessirt es keinen Menschen, was der Erbe mit seiner Erbschaft macht, er kann sie Preis geben, einem bestimmten Anderen überlassen, kurz damit thun was er will; aber wenn ein Dritter [22]) mit Ansprüchen aus Verhältnissen zu dem Erblasser auftritt, so muß er als Erbe Rede stehen, ihm gegenüber ist er nach wie vor Erbe [23]). — Das Landrecht bestimmt die Ueberlegungsfrist auf sechs Wochen, nach erlangter Wissenschaft von dem Anfalle; „ist der Aufenthalt des Erben über 40 Meilen von dem letzten Wohnorte des Erblassers entfernt, so kommt ersterem eine dreimonatliche Frist zu Gute," heißt es [24]). Unter dem „letzten Wohnorte" muß wohl der Ort verstanden werden, wo der Erblasser gestorben ist, denn wäre dieser etwa in Berlin und der Erbe in einem nahen Orte wohnhaft, der Erblasser aber z. B. auf einer Reise in Centralafrika umgekommen, so würde doch wohl die Frist von 6 Wochen so gut wie gar keine sein, um sich gehörig zu erkundigen. Gegen bevormundete Personen läuft die Frist von dem Tage, an welchem der Vormund nach seiner Bestellung von dem Anfalle Kenntniß erhalten hat [25]), und gegen den, welchem die Erbschaft durch Entsagung eines vor ihm Berufenen zugefallen ist, von dem Tage an, wo er d u r c h  d e n  R i c h t e r von der Entsagung in Kenntniß gesetzt worden ist; eine frühere Privatwissenschaft wird nicht berücksichtigt [26]). Gegen den Notherben, welcher auch gegen den testamentarischen Willen des Erblassers zur Erbfolge gelangen muß, läuft die Frist von dem Tage an, wo ihm der Tod des Erblassers bekannt geworden ist, denn mit diesem Tage weiß er, daß ihm die Erbschaft angefallen ist, mag in dem Testament in Beziehung auf ihn stehen was da wolle, oder auch nichts stehen, und dieser zweite Fall beweist gerade die Richtigkeit des Satzes, denn dann ist der Uebergangene ja eben nicht berufen, obgleich er dennoch Erbe ist und die Erbschaft für seinen Theil ipso jure schon mit dem Todestage des Erblassers erworben hat. Der Satz ist zwar bestritten, ich muß jedoch zur Vermeidung unnützer Wiederholung auf dasjenige verweisen, was ich über die entgegenste-

---

22) Als ein solcher gilt auch ein Miterbe. Pr. des Obertr. 1583, vom 28. Juni 1845 (Präj.-Samml. I, S. 32).

23) Pr. des Obertr. 1893, vom 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 125) u. Erk. dess. vom 27. Juni 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. L, S. 161); R. vom 18. Dezember 1841 (J.M.Bl. S. 375).

24) I, 9, §§. 384, 385.

25) Pr. des Obertr. 1893, vom 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 126).

26) A. L.R. a. a. O. §§. 408, 409. Pr. des Obertr. 1704, vom 21. Februar 1847 (Entsch. Bd. XIII, S. 140).

hende Behauptung, daß der Tag der Testamentseröffnung der Anfangspunkt sei, schon gesagt habe[27]).

II. Hat der Erbe die Frist verlaufen lassen, ohne sich vor dem Ablaufe loszusagen, so bleibt er nun, wie gesagt, Erbe für immer. Das Landrecht sagt: nur derjenige, welcher die freie Verwaltung seines Vermögens hat, kann sich über die Annahme — einer Erbschaft rechtsgültig erklären, und daran wird der Folgesatz geknüpft, daß, wenn der Erbe bevormundet ist, die Erklärung von dem Vormunde oder Kurator abgegeben werden muß, wobei erinnert wird, daß die Erklärung überhaupt mit allen Erfordernissen einer rechtsgültigen Willenserklärung versehen sein, und bei dem Gerichte, unter welchem der Erblasser zuletzt seinen persönlichen Gerichtsstand gehabt, abgegeben werden müsse[28]). Diese Bestimmungen verdanken ihr Dasein einer Gedankenlosigkeit. Man wollte damit eine gemeinrechtliche Kontroverse erledigen, nämlich die Frage über die Antretung einer Erbschaft durch Stellvertretung und über die Form der Antretung. Im heutigen R. R. wird der Grundsatz allgemein anerkannt: „per procuratorem hereditatem acquiri non posse[29]).“ Die Beibehaltung dieser Regel nach Aufhebung der förmlichen Kretion war inkonsequent; ein innerer Grund, warum nunmehr der Erwerb der Erbschaft nicht ebenso gut, wie schon vorher die Agnition der bonorum possessio durch Stellvertreter hätte zugelassen werden können, findet sich nicht, auch fehlt jeder praktische Unterschied. Daher wurde die Anwendbarkeit der alten Regel in der neueren Praxis streitig gemacht[30]). Schwierigkeiten und besondere Streitigkeiten machte die Anwendung der Regel bei Willens- und Handlungsunfähigen schon unter den Alten. Nach dem Pandektenrechte konnte der Vormund die Erbschaft für seinen Pflegebefohlenen nicht antreten, und dieser selbst konnte, wenn er infans war, auch tutore auctore nicht erwerben[31]). Ebenso wenig konnte nach R. R. der Kurator eines Minderjährigen für diesen eine Erbschaft antreten, und in der gemeinrechtlichen Praxis war darüber Ungewißheit: ob der Minderjährige allein antreten dürfe, oder wie

---

27) Anm. 28, Abs. 3 zu §. 384 d. T.

28) I, 9, §§. 389, 390, 392, 393.

29) L. 90 pr. D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2); L. 77 D. de reg. juris (L, 17). Die L. 54 pr. D. de acquir. rerum dom. (XLI, 1), welche man auch noch heranzieht, berührt die Frage nicht.

30) Vergl. Stryk, Us. mod., XXIX, 2, §. 7 i. f.; Lauterbach, Colleg. theor. pract., XXIX, 2, §. 20 i. f., u. A.

31) L. 5 C. de jure deliberandi (VI, 30).

es sonst damit zu halten. Dieser unsichere Rechtsstand soll durch den §. 390 (Note 28) geregelt werden. Allein man hat nicht daran gedacht, daß diese ganze Lehre sich auf solche Erben bezieht, welche die Erbschaft, wenn sie dieselbe erwerben wollen, nur durch Antretung erwerben können, und daß bei Erben, welche, wie die Sui und die preußischen Erben alle, die Erbschaft ipso jure erwerben, von einer Antretung nie die Rede gewesen ist und auch ohne inneren Widerspruch nicht sein kann. Die in Rede stehenden Bestimmungen des Landrechts ([28]) sind daher nicht allein völlig bedeutungslos, sie sind auch in sich widersprechend. Daher hat denn eine Antretung, welche jenen Vorschriften nicht entspricht, nicht die geringste praktische Folge. Denn eine solche vorschriftswidrige Erklärung würde eben ungültig d. h. eben soviel sein, als wenn sie nicht vorhanden und der Erbe sich gar nicht erklärt hätte. Die Wirkung davon ist ja aber gerade die, daß der Erbe Erbe bleibt. Denn so sagt ja das Landrecht infolge seines Prinzips (§. 142) selbst: „Dem ausdrücklich Antretenden ist derjenige gleich, welcher die gesetzmäßigen Ueberlegungsfristen, ohne sich zu erklären, verstreichen läßt [32])."

## §. 146.

### b) Einmischung und Entsagung.

I. Die Einmischung des Erben in die Erbschaft vor Abgabe einer Erklärung besteht in Handlungen, welche eine Verfügung über dieselbe oder über einzelne Bestandtheile enthalten. Das R. R. sieht darin bei freiwilligen Erben, die nothwendig antreten müssen, die Absicht, daß sie die Erbschaft haben wollen, und stellt diese Handlungen, welche pro herede gestio genannt werden [1]), der wörtlich ausgedrückten Erklärung gleich. Weder der Ausdruck noch die daran geknüpfte Bedeutung paßt für den Erben, welcher schon ipso jure die Erbschaft erworben hat. Unternimmt ein solcher dergleichen Handlungen während der Ueberlegungsfrist, was mit dem Ausdruck se immiscere bezeichnet wird, so wird dies als die Erklärung aufgefaßt, daß er die Erbschaft behalten wolle, die Rechtswohlthat, sich davon loszusagen (se abstinere), geht daher damit verloren [2]). — Im preußischen Rechte kann von jener pro herede gestio keine Rede sein, weil der Berufene ja schon Erbe ist; es könnte also nur die Einmischung vorkommen. Davon wird denn

32) I, 9, §. 421.

1) Gajus, Inst., II, §. 116 i. f.; Ulpian, Fragm., XXII, §. 26.

2) L. 11, 12; L. 57 pr. D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2).

auch gesprochen, aber gleichfalls in einer Weise, daß sie schlechthin völlig ohne alle praktische Bedeutung ist und die Bestimmung wie ein aus den Lehrbüchern gedankenlos aufgenommener, in das Landrecht nicht passender Lehrsatz aussieht. Es heißt nämlich: „Wer solche Verfügungen über die Erbschaft trifft, woraus die Absicht, dieselbe nicht bloß einstweilen verwalten, sondern sich ihrer als wirklicher Erbe anmaßen zu wollen, klar erhellet, der wird demjenigen, welcher eine Erbschaft unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii ausdrücklich angenommen hat, gleichgeachtet [3]." Auf den preußischen Erben bezogen hat dies keinen juristischen Sinn, denn derselbe braucht die Erbschaft in keiner Weise noch erst anzunehmen, er ist immer derselbe Erbe, mag er die Erbschaft ausdrücklich annehmen, mag er sich in dieselbe einmischen, oder mag er sich davon zurückhalten und ganz passiv und stumm verhalten, das Ergebniß ist immer das gleiche. Sollte also der Bestimmung eine Bedeutung beigelegt werden können, so müßte es die sein, welche das R. R. mit der Immixtion verbindet, nämlich daß der Immixtus sich nicht wieder herausziehen kann [4]). Das ist nicht der Fall, vielmehr kann eine jede während der Ueberlegungsfrist ausdrücklich erklärte Antretung bis zum Ablaufe der Frist auch wieder zurückgenommen werden, nur unter der sich von selbst verstehenden Voraussetzung, daß er noch nicht über die Substanz der Erbschaft verfügt hat [5]); denn eine solche Verfügung begründet selbstständig, mit wie ohne Vorbehalt, eine unbedingte Haftung, wenn er den Nachlaß nicht vorschriftsmäßig zur Befriedigung der Gläubiger verwendet hat [6]). Die Bestimmung ist somit zwecklos.

II. Die Lossagung muß, wenn sie wirksam sein soll, geschehen: 1. vor Ablauf der Ueberlegungsfrist (§. 145, II); 2. in der vorgeschriebenen Form, nämlich allemal bei dem Erbschaftsgerichte entweder in Person mündlich zu Protokoll, welches auch ein Auskultator aufzunehmen fähig sein soll [7]), oder durch eine von dem Entsagenden eigenhändig unterschriebene und in Ansehung der Unterschrift gerichtlich oder durch einen Notar beglaubigte Vorstellung [8]),

---

3) I, 9, §. 420.

4) Gajus l. c. §. 163. — L. 2, §. 10 D. ad SC. Tertull. (XXXVIII, 17); L. 5, §. 2 D. quod cum eo (XIV, 5).

5) I, 9, §§. 416, 417.

6) Ebenda §§. 444, 452—454. — Vergl. L. 71, §§. 3, 5, 6 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2).

7) R. vom 23. Juni 1840, Nr. 2 (J.M.Bl. S. 235).

8) I, 9, §§. 398, 399.

doch soll die ausdrücklich erklärte Entsagung durch den Mangel dieser Beglaubigung nichts an ihrer Wirksamkeit, sei es zum Vortheil, sei es zum Nachtheil des Entsagenden, verlieren, wenn die Thatsache festgestellt wird, daß die eingekommene Erklärung dem Willen des Entsagenden gemäß sei. Zur Gültigkeit der Entsagung genügt mithin die Schrift unter Privatunterschrift [9]); wogegen eine mündliche Entsagung, wenngleich sie später (nach Ablauf der Ueberlegungsfrist) schriftlich anerkannt ist, keine Wirkung hat [10]). Der Widerruf einer unnöthigerweise erklärten Erbschaftsantretung ohne Vorbehalt, vor Ablauf der Frist erklärt, ist, wenn der Widerrufende noch nicht über die Substanz des Nachlasses verfügt hat, zulässig, aber nur in gerichtlicher Form rechtlich wirksam [11]). Ob der Widerruf als Entsagung der Erbschaft oder nur als Zurücknahme der Entsagung der Rechtswohlthat des Inventariums aufzufassen sei, ist nicht klar. Der Unterschied ist wichtig. Ist der Widerrufende der Meinung, er habe sich dadurch von der Erbschaft losgesagt, so wird er sich um dieselbe weiter nicht kümmern und kein Inventarium errichten. Hätte er sich nun geirrt, und wäre durch seinen Widerruf nur die Vorbehaltlosigkeit gehoben, so hätte er seine ursprüngliche Stellung zur Erbschaft wieder eingenommen. Damit würde er denn demselben Schicksale verfallen sein, welchem er durch den Widerruf entgehen wollte; denn er würde nun als Benefizialerbe gelten, aber durch Vernachlässigung des Inventariums das Benefizium desselben verlieren. Deshalb ist die Auffassung und Bedeutung, welche dem Widerrufe zu Theil wird, von großer Wichtigkeit. Die Bestimmung [12]) lautet: §. 413. „Die Antretung einer Erbschaft kann mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventarii geschehen." Dieser Satz ist bedeutungslos, es bedarf überall gar keiner Antretung, das bloße Stillschweigen hat die gleiche Wirkung, man kann nicht mehr antreten, was man schon hat. Darauf heißt es weiter: §. 144. „Die Erklärung, eine Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen, muß eine deutliche und bestimmte Entsagung dieser Rechtswohlthat enthalten." Der Gegenstand dieser freiwilligen Rechtshandlung ist danach der Verzicht

9) Ebenda §. 400 u. m. Anm. 39 dazu. — Erk. des Obertr. vom 23. Januar 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XI, S. 263).

10) Erk. des Obertr. vom 31. Januar 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. VIII, S. 274).

11) I, 9, §§. 416, 417.

12) Ebenda §§. 413—416.

auf die Rechtswohlthat, daher denn auch die gerichtliche, oder doch gerichtlich oder notariell beglaubigte, privatschriftliche [13]) vorgeschrieben ist. Nun heißt es weiter: §. 416. „Der Erbe, welcher dergleichen Erklärung während der gesetzlichen Ueberlegungsfrist abgegeben hat, kann sie nur bis zum Ablaufe dieser Frist, jedoch nur gerichtlich, zurücknehmen.“ Nach dem Wortlaute bezieht sich die Zurücknahme also nur auf die Entsagung der Rechtswohlthat des Inventariums, und dadurch ist der Erbschaft noch nicht entsagt. Nach Zurücknahme dieses Verzichts bleibt der Erbe noch immer Benefizialerbe, was er auch ohne die Antretung war, und deshalb muß er, wenn er sich ganz freimachen will, sich auch ausdrücklich von der Erbschaft lossagen. — Die Lossagung muß geschehen 3. bedingungslos und ohne Vorbehalt eines Theils derselben, sonst gilt sie für nicht geschehen [14]). Gemeinrechtlich besteht über das Erforderniß der Bedingungslosigkeit keine Einhelligkeit der Meinungen; manche [15]) wollen die Erklärung unter einer Suspensivbedingung und unter einer Zeitbestimmung zulassen, weil die römische Regel ([14]) mit der alten feierlichen cretio zusammenhange und mit der erfolgten Aufhebung [16]) dieser Form von selbst wegfalle. Allein nicht aus einem formellen Grunde, sondern aus einer inneren Nothwendigkeit ist die bedingte Antretung sowie die Ausschlagung wirkungslos, weil eine Erbschaft nur so, wie sie geboten wird, angenommen werden kann, gleich jedem anderen Antrage; Niemand hat nach juristischer Logik das Recht, ein ihm gemachtes Anerbieten zu bedingen und zu bedenken, er kann den Abschluß nicht nach eigenem Gefallen in der Schwebe halten; gefällt ihm das Angebot nicht, so ist es eben abgelehnt. Die Frage gilt, abgesehen von jenen wenigen isolirten Meinungen, gemeinrechtlich auch nicht für streitig, das Landrecht entscheidet daher nicht etwa eine Kontroverse, sondern nimmt vielmehr die gemeinrechtliche Regel auf und fügt sie in sein System ein. Sie kann nur Anwendung finden bei der Ent-

---

13) Ebenda §§. 398, 399 (der §. 400, welcher die nachträgliche Feststellung der Echtheit der bloßen Privatschrift zuläßt, ist ausgeschlossen), §. 415; Pr. des Obertr. 2379, vom 27. April 1852.

14) Ebenda §§. 394—396. Diese Stellen beziehen sich auch auf die Entsagung, §. 389. Pr. des Obertr. 1212, vom 1. November 1842 (Entscheid. Bd. VIII, S. 244). Vergl. L. 77 D. de reg. juris (L, 17); L. 51, §. 2 D. de acquir. hered.

15) Stryck, Us. mod. Pand. XXIX, 2, §. 8; Leyser, Med. ad Pand., Sp. 370, m. 9; Hellfeld, Jurispr., §. 1491 i. f.; Lobethan, Lehre von der Erbfolge (Halle 1776), §. 125.

16) L. 17 C. de jure deliberandi (VI, 30).

sagung, die ja, wenn sie theilweise oder bedingungsweise möglich wäre, ja zugleich auch eine eben solche Antretung des vorbehaltenen und bedingten Theils sein würde; denn bei einer ganz unnöthig erklärten Antretung kann eine solche Theilung oder Bedingung überhaupt nicht möglich sein, weil eine bereits erworbene Erbschaft nicht mehr hinterdrein unter eine Bedingung oder Auswahl gestellt werden kann. Die Vertreter der entgegengesetzten Meinung machen zwar geltend, es sei ja die Antretung der Erbschaft cum beneficio legis et inventarii ebenfalls eine bedingte Antretung, nämlich unter der Bedingung: „si solvendo hereditas est“ [17]). Dies ist jedoch Verdrehung. Der Benefizialerbe ist nicht Erbe unter Bedingung, er bleibt Erbe, wenn auch die Aktivmasse nicht auf die Schulden zulangt; daß er nicht darüber hinaus haftet, ist nicht Wirkung einer Bedingung, sondern einer ihm ertheilten Rechtswohlthat. Nach preußischem Rechte braucht überhaupt eine dergleichen Erklärung gar nicht vorzukommen; die gegebene Bestimmung: „Außer dem — Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii können der Erklärung keine Bedingungen mit rechtlicher Wirkung beigefügt werden [18]),“ ist — auf die Antretung bezogen — müßig, die Angelegenheit nimmt ihren ordentlichen Verlauf von selbst, ohne daß der Erbe eine positive Erklärung abgiebt, er hat nur für die Niederlegung eines Inventariums innerhalb der bestimmten Frist zu sorgen.

Die Lossagung von der Erbschaft enthält eine Entäußerung, setzt daher Willensfreiheit, Willens- und Handlungsfähigkeit voraus, und muß mit allen Erfordernissen einer rechtsgültigen Willenserklärung versehen sein [19]). Steht der Erbe unter Vormundschaft oder Kuratel, so muß der Vormund oder Kurator die Erklärung abgeben und dazu ist die Approbation des vormundschaftlichen Gerichts nothwendig [20]). Der römische Vormund konnte von jeher die Abstention mit rechtlicher Wirkung vollziehen durch die formlose Erklärung: „abstineo pupillum“ [21]). Auch der Kurator eines abwesenden (verschollenen) Erben hat nach preußischem Rechte die gleichen Befugnisse [22]), was gemeinrechtlich streitig ist [23]).

17) Vergl. L. 51, §. 2 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2), wo diese Bedingung, als Bedingung ausgedrückt, für unzulässig erklärt wird.

18) I, 9, §§. 394, 420 ff.

19) Ebenda §§. 389, 392.

20) Ebenda §. 390 und II, 18, §. 644.

21) L. 21 D. de auctore tutore (XXVI, 8).

22) I, 9, §§. 468, 469.

23) Glück, Kommentar, Bd. XXXIII, S. 292 u. Bd. XLII, S. 465. —

Die Wirkung der Entsagung soll, wie schon gesagt ist, ausbleiben, wenn die Erklärung nicht innerhalb der Ueberlegungsfrist bei dem Erbschaftsgerichte abgegeben worden ist, doch wird hiervon aus wohlwollender Absicht in einem Falle Umgang genommen. Wenn nämlich aus Versehen die Erklärung bei einem nicht gehörigen Gerichte innerhalb der Frist geschehen ist, so soll sie doch rechtliche Wirkung haben, insofern der Erbe, sogleich nach erhaltener Bedeutung darüber, dieselbe gehörigen Orts anbringt, wenn dies auch erst nach Ablauf der Frist geschieht [24]. Daß der Erfolg der gleiche sein muß, wenn das inkompetente Gericht unmittelbar dem Erbschaftsgerichte die Erklärung übermittelt, darf als selbstverständlich angenommen werden, doch wird das „Versehen" des Erben, wenn darüber Streit entsteht, wie eine Thatsache festzustellen sein; der Ausdruck scheint nicht korrekt zu sein, man hat nicht den Begriff der Kulpa im juristischen Sinne gemeint, sondern an Unkenntniß oder falsche Meinung gedacht. — Die Wirkungen einer richtigen Entsagung sind folgende: 1. Der Entsagende, der die ihm aus einem rechtsgültigen Testamente oder Erbvertrage angefallene Erbschaft ausschlägt, kann sie nicht mehr als gesetzlicher Erbe in Besitz nehmen (§. 13), nicht aber verliert ein Vertragserbe durch Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft die vertragsmäßige [25], und ebensowenig verliert der Entsagende dadurch die Ansprüche, welche ihm aus singulären Gründen an den Nachlaß zustehen [26]; der bedachte Pflichttheilserbe ist gleichfalls der Regel unterworfen, er kann nicht ausschlagen und Intestaterbe sein wollen, er kann nur Ergänzung seines etwa verkürzten, oder Befreiung seines belasteten oder beschränkten Pflichttheils fordern [27]. 2. Die Erbschaft fällt sofort, ipso jure und mit Zurückbeziehung auf den Todestag des Erblassers, an den Substituten oder an den sonst Nächstberufenen, welchen der Richter von Amts wegen von der Entsagung benachrichtigen muß, allenfalls durch öffentliche Bekanntmachung, wenn es nicht bekannt ist, wer dieser Nächste sei [28]; 3. der Zustand wird so wieder hergestellt, als ob der Entsagende nie Erbe geworden wä-

---

Heise u. Cropp, juristische Abhandl., Bd. II, S. 171 ff. — Vergl. Erk. des Obertr. vom 6. April 1848, Nr. II (Entsch. Bd. XVII, S. 87).

24) I, 9, §. 393.

25) Ebenda §. 405.

26) Ebenda §§. 401, 403, 404 u. m. Anm. 40 dazu.

27) Ebenda §. 402; II, 1, §§. 490, 491, 498; II, 2, §§. 432 u. flg.

28) I, 9, §§. 406, 407 u. m. Anm. 43 dazu. Vergl. §. 410 u. die Anm. 45.

re, er kann von keinem Erbschaftsgläubiger in Anspruch genommen werden, er steht zu den Miterben in keinem weiteren Verhältnisse, ist also zu keiner Ausgleichung (Kollation) verbunden, und seine eigenen Rechte gegen den Erblasser, welche durch den Erbanfall vor der Hand suspendirt waren, bestehen wieder in ihrer vollen Kraft: „Pupillis, quos placuit oneribus hereditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet [29];“ 4. die Verwaltungshandlungen, welche der Erbe vor der Entsagung vorgenommen hat, z. B. nothwendige Veräußerungen von Sachen, welche dem Verderben ausgesetzt waren, unaufschiebbare Zahlungen an wirkliche Erbschaftsgläubiger, bleiben bei Kräften [30]; den an seine Stelle tretenden Miterben oder Nacherben, oder den Gläubigern ist der Entsagende zur Rechnungslegung verbunden [31]; 5. eine gültig geschehene Erbschaftsentsagung kann unter keinerlei Vorwande widerrufen werden, auch nicht, wenn der Entsagende über die Größe der Erbschaft im Irrthum gewesen ist [32]; die Anfechtungsklage aus Gründen, welche eine Willenserklärung überhaupt ungültig machen, ist nicht ausgeschlossen, es ist damit nur der römische Grundsatz, daß der Entsagende binnen drei Jahren die Erbschaft, wenn dann das Vermögen noch nicht veräußert war, wieder erhalten kann, wozu eine bloße Erklärung, daß er sie wieder haben wollte, genügte [33], abgewiesen.

## §. 147.

### c) Beneficium inventarii.

I. Begriff von Inventarium. Demjenigen, welcher sich gar nicht erklärt oder eine wirkungslose Entsagung angebracht hat und nun Erbe bleiben muß, ist zugleich von Rechtswegen die Erwerbung der Rechtswohlthat des Inventariums angeboten, und wenn er die Rechtswohlthat, auch beneficium legis (sc. legis ultimae C. de jure deliberandi) et inventarii genannt, erwirbt, heißt er Benefizialerbe [1]. Die Erwerbung besteht darin, daß der Erbe ein vollständiges Inventarium über den Nachlaß errichtet und bei

29) L. 87, §. 1 D. de acquir. vel omittenda hered. (XXIX, 2).

30) I, 9, §§. 388, 420. — Vergl. L. 44 D. eodem; L. 6, §§. 1, 2 D. de rebus auct. jud. possid. (XLII, 5); L. 24 D. quae in fraud. creditor. (XLII, 8).

31) Vergl. Konk.-Ordn. vom 8. Mai 1855, §. 360.

32) I, 9, §. 411; Pr. des Obertr. 752, vom 9. November 1839 (Präj.-Samml. I, S. 32).

33) L. 6 C. de repud. vel abstin. her. (VI, 31).

1) I, 9, §§. 420, 421, 423, 428, 452; I, 16, §. 487.

dem Erbschaftsgerichte, offen oder (bis er sich darauf beruft) versiegelt, niederlegt[2]). Dazu wird ihm eine neue Präklusivfrist durch das Gesetz gegeben, welche von dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist anfängt und während welcher die Wirkungen der Konfusion und die persönliche Haftung des Erben noch suspendirt bleiben. Inventarium[3]), im Gegensatze einer formlosen Specifikation, heißt ein in vorschriftsmäßiger Weise verfertigtes Verzeichniß aller zum Nachlasse gehörigen Vermögensstücke und aller daran gemachten Ansprüche, soweit sie dem Erben bekannt geworden sind[4]); was nicht zum Vermögen des Erblassers gehört, wenn es sich auch im Nachlasse befindet, gehört nicht in dasselbe, wohl aber muß angedeutet werden, was für Rechte ihm daran etwa zustehen, z. B. der Antheil an den Revenüen des letzten Quartals von Gegenständen, welche der Erblasser zum Nießbrauch hatte[5]); kann das Quantum noch nicht angegeben werden, so genügt ein desfallsiger Vermerk.

II. Die Erfordernisse eines rechtlich wirksamen Inventariums sind:

1. Dasselbe muß innerhalb der vorgeschriebenen Zeit eingereicht werden. Justinian hatte vorgeschrieben, das Inventar solle binnen Monatsfrist nach dem Tode des Erblassers angefangen und innerhalb anderweiter 60 Tage vollendet werden; wenn aber der Erbe an dem Orte, wo sich die meisten Erbschaftssachen befinden, nicht anwesend sei, so solle ihm ein Jahr, vom Todestage angerechnet, Zeit gelassen werden[6]). Diese Zeitbestimmung bewährte sich in der Praxis nicht; das Landrecht ist davon abgegangen. Nach dessen Vorschrift soll das Inventar regelmäßig binnen 6 Monaten nach dem Ablaufe der gesetzmäßigen Ueberlegungsfrist gerichtlich niedergelegt werden. Diese Frist kann von dem Erbschaftsrichter a) auf Anrufen des Erben, wenn die Erbschaft besonders weitläufig und verwickelt ist, nach Prüfung der Gründe verhältnißmäßig verlängert, und b) auf den Antrag auch nur Eines Erbschaftsgläubigers oder Legatarii, nach Bewandtniß der Umstände und Beschaffenheit des

---

2) Ebenda §§. 423 u. 433, Anm. 60 dazu. — A. G.O. Th. II, Tit. 5. Vergl. A. L.R. II, 18, §§. 400—402; R. vom 7. Juni 1838 (Jahrb. Bd. LI, S. 363).

3) In der L. 7 pr. D. de administr. et periculo tutor. (XXVI, 7) heißt es auch repertorium.

4) I, 9, §. 434.

5) Erk. des Obertr. vom 4. Novbr. 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 281) u. m. Anm. 70[a] zu §. 434 a. a. O.

6) L. ult. §§. 2, 3 C. de jure deliber. (VI, 30).

Nachlasses, verkürzt werden [7]). — Der Erbe kann die Gefahr, wegen Fristversäumniß in Verwickelungen zu gerathen, dadurch ganz umgehen, daß er innerhalb der bestimmten Zeit bei dem Gerichte das Gesuch stellt, daß es selbst das Inventarium aufnehmen möge. Denn da er die Wahl hat, ob er dasselbe gerichtlich aufnehmen lassen, oder es selbst anfertigen wolle, so muß das Gericht jenem Antrage Folge geben, und nun wird durch diesen Antrag ohne Rücksicht darauf: ob und wenn das Gericht demselben wirklich genügt hat, die Benefizial-Erbenqualität gewahrt [8]), denn die bezweckte gerichtliche Aufsicht ist frei gestellt und es ist das die Sicherheit der Gläubiger und Legatarien bezweckende Werk ganz in die Hände des Gerichts gelegt.

2. Die Form soll gemeinrechtlich die notarielle sein ([6]); nach preuß. Rechte genügt die privatschriftliche ([8]), mit Ausnahme des Falles, wenn der Nachlaß, auf den Antrag der Gläubiger, zu ihrer Sicherheit versiegelt worden, oder wenn dieselben wahrscheinliche Gründe zur Besorgniß, daß der Nachlaß unzureichend sein werde, nachweisen: dann muß, jedoch auch nur auf Andringen der Gläubiger, das Inventar gerichtlich aufgenommen werden [9]); sonst kann jeder Erblasser die gerichtliche Inventur seines Nachlasses auch untersagen [9a]).

3. Auch Privatinventaria sollen nach dem den Gerichten vorgeschriebenen Formulare eingerichtet werden [10]). Darnach war die ältere Praxis des höchsten Gerichtshofes der Meinung, daß ein Erbschaftsinventarium, durch welches die Rechtswohlthat des Inventariums erlangt werden solle, in seiner äußeren Form nach dem gesetzlich vorgeschriebenen Formular ([10]) eingerichtet sein müsse [11]). Eine später entstandene Meinung leugnet dies und dieser hat sich das Obertribunal, seine alte Meinung verlassend, durch einen Plenarbeschluß angeschlossen, wodurch als Rechtsgrundsatz festgestellt ist: „Die Verabsäumung des im Th. II, Tit. 5, §. 53 der A. G.O. für Nachlaß-Inventarien vorgeschriebenen Formulars, insbesondere der Rubriken I, II, III, XX, XXI, hat den Verlust der Rechts-

7) I, 9, §§. 424—426.

8) Ebenda §. 436. — Pr. des Obertr. 1809, vom 23. November 1846 (Entsch. Bd. XV, S. 109).

9) Ebenda §. 437.

9a) II, 18, §§. 395 u. flg.

10) I, 9, §. 438. — A. G.O. II, 5, §. 53 u. Beil.

11) Erk. des Obertr. vom 13. August 1836 (Entsch. Bd. I, S. 311) und Erk. vom 8. August 1842 (Ullrich, Arch., Bd. IX, S. 213).

wohlthat des Inventars nicht zur Folge) [12])." Ich halte die alte Meinung für die richtige [13]). Später hat denn auch das Obertribunal wieder nachgegeben, daß doch ein jedes Inventarium, wenn ihm die Wirkungen eines solchen beigelegt werden sollen, von einer derartigen Beschaffenheit sein müsse, daß sich aus den in demselben enthaltenen Datis die Beschaffenheit des Nachlasses übersehen lasse, und auf Grund derselben die Ausmittelung des Nachlasses möglich gemacht werde [14]). Aber eben zu diesem Zwecke ist ja die Form vorgeschrieben, und wenn an die Nichtbeachtung derselben auch nicht die Nichtigkeit des Inventars ausdrücklich geknüpft ist, so hat der Gesetzgeber dieselbe doch als ein Kriterium des Vorhandenseins der von ihm als wesentlich bezeichneten Erfordernisse eines jeden Inventariums (Nr. 4) vorgeschrieben, um Streitigkeiten und Prozessen über das Vorhandensein eines gehörigen Inventariums vorzubeugen; jeder Titel eines solchen ist eine Frage an den Erben oder Erbschaftsbesitzer, welche er nicht unbeantwortet lassen darf. Der Vorwand, daß durch die Beobachtung der Form ein gehöriges Inventarium nicht dargestellt werde, weil es unrichtig oder unvollständig verfaßt sein könne, trifft die Frage nicht, denn Unrichtigkeit und Unvollständigkeit wird durch die Form in keinem Rechtsverhältnisse und bei keiner Rechtshandlung gedeckt, aber sie hat den Zweck und erfüllt ihn auch, den Handelnden an den materiellen Inhalt seiner Handlung und deren Ernst zu erinnern und zum Nachdenken über die Folgen der Unwahrheit seiner Worte zu veranlassen. Ein Erbe wird doch z. B. über die Frage (Tit. III des Form.): war baares Geld vorhanden? wahrscheinlich ein Nein, was er beschwören soll, nicht so leichtfertig bei der Hand haben, wie er bei einem ungeordneten, konfusen Verzeichniß über den Gegenstand mit Stillschweigen hinweggeht, vielleicht auch nur deshalb, weil er daran nicht dachte. — Die Unterschrift des Erben, welche das R. R. fordert ([6]), von gemeinrechtlichen Praktikern aber für überflüssig erklärt wird [15]), ist nicht vorgeschrieben; das gesetzliche Formular verlangt jedoch auf dem Titelblatte die Angabe des Verfassers ([10]). Dieser ist kein Anderer als der zur Inventirung ernannte Gerichtskommissar, ein sol-

12) Pr. 1546, vom 28. Februar 1845 (Entsch. Bd. X, S. 273).

13) Die Gründe s. m. in meiner Beurtheilung der ersten zehn Bände Entscheidungen, S. 704 ff.

14) Erk. vom 4. Mai 1861 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLI, S. 237).

15) Mevius, Decis., P. II, dec. 356, nr. 23; Brunnemann, Comment. in Cod., ad L. 22 de jure deliber. (VI, 30), nr. 18.

ches Inventarium enthält also die Unterschrift des Erben nicht. Deshalb gilt dasselbe aber doch als von dem Erben errichtet und eingereicht, weil er durch seinen Antrag bei Gericht dazu Auftrag gegeben hat. Ein von dem Erben selbst verfertigtes Privatinventarium kann der Unterschrift desselben, entweder unter dem Inventarium selbst oder doch unter einer Einreichungs-Vorstellung, nicht ledig sein, weil die Niederlegung diejenige Handlung ist, durch welche der Erbe sich das Benefizium erwirbt, also von ihm ausgehen und als seine eigene feststehen muß.

4. Der Inhalt des Inventariums muß den Nachlaß so darstellen, wie er unmittelbar nach dem Tode des Erblassers war. Als wesentliche Stücke werden genannt: a) ein möglichst vollständiges Verzeichniß aller sowohl zum Aktiv- als Passivvermögen gehörigen Gegenstände und Ansprüche; b) die Angabe des Werths (Taxe) der Vermögensstücke, oder doch eine solche Beschreibung derselben, woraus der Werth erforderlichen Falls näher beurtheilt werden könne. Ermangeln dem Inventarium diese nothwendigen Erfordernisse dergestalt, daß dadurch die Ausmittelung der Beschaffenheit des Nachlasses unmöglich wird; so ist es so gut als wäre kein Inventarium eingereicht: der Erbe ist der Rechtswohlthat verlustig [16]). — Die Aufrechnung und Angabe der Gesammtmasse (Rekapitulation der Titel und Abschluß), welche das R. R. ([6]) verlangt und auch das gesetzliche Formular ([10]) vorschreibt, ist kein wesentliches Erforderniß. — Auch die römische Vorschrift, daß die am Orte anwesenden Gläubiger und Legatare zugezogen werden sollen [17]), und welche mit Beschränkung auf Erben und Miterben auch im preußischen Rechte gilt [18]), ist eine unwesentliche; die Vernachlässigung derselben hat nur die Folge, daß ein Interessent, der zur Inventirung nicht mit vorgeladen oder zugezogen worden, gegen jedes Inventarium, also auch gegen ein gerichtliches Erinnerungen machen, und Erläuterungen darüber fordern kann, wovon überhaupt kein Interessent ausgeschlossen, da bei der Inventirung keine Gelegenheit zu Erörterungen gegeben ist [19]).

III. Die Wirkungen eines gehörig errichteten und rechtzeitig eingereichten Inventars sind folgende:

1. Ein gerichtlich aufgenommenes Inventar begründet, wenn

16) I, 9, §§. 434, 435, 439, 427.

17) Nov. I, cap. 2, §. 1 (vom Jahre 535).

18) A. G.O. II, 5, §. 45.

19) A. L.R. I, 9, §. 442 u. m. Anm. 75 dazu.

der Erbe innerhalb 24 Stunden nach dem Tode des Erblassers oder nach der Zeit, da ihm der Tod bekannt geworden, die Siegelung nachgesucht hat, für den Erben einen vollständigen Beweis der Wahrheit seines Inhalts, und da Niemand gehalten ist, eine Thatsache noch erst zu beschwören, die für ihn schon feststeht, so kann auch dem Erben hier der Manifestationseid nicht ohne Weiteres abgefordert werden [20]). Das hindert die Interessenten nicht, gegen diesen Vorbeweis durch Gegenbeweis Unrichtigkeiten darzuthun. „Licentia danda creditoribus, seu legatariis vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripserit, quibus voluerint legitimis modis — — approbare" — [21]). Die vorgebrachten gehörig substantiirten Erinnerungen müssen im ordentlichen Prozesse erörtert und durch das Beweisverfahren ins Licht gesetzt, demnächst aber Punkt für Punkt durch förmliches Erkenntniß entschieden werden, wobei auch auf nothwendige Eide erkannt werden kann [22]). Im preußischen Rechte wird dem Erben wegen nachgewiesener Unrichtigkeiten kein Nachtheil angedroht [23]), er muß aber der Rechtswohlthat verlustig gehen, weil ein unrichtiges Inventarium kein vollständiges und nicht geeignet ist, die Ausmittelung der Beschaffenheit des Nachlasses zu ermöglichen [24]).

Ist die Siegelung erst später nachgesucht worden, so giebt das gerichtliche Inventarium, gleich einem jeden Privatinventarium, nur einen halben Beweis für die Richtigkeit seines Inhalts, und es kann daher jeder Interessent, nicht bloß von dem, welcher dasselbe aufgenommen hat, sondern von allen denjenigen, welche kurz vor oder nach dem Tode des Erblassers in dessen Hause sich aufhielten und in der Lage waren, die Erbmasse zu ihrem Vortheile zu benutzen und zu verringern, ohne daß eigentliche Verdachtsgründe vorliegen, den von den Juristen sogenannten Manifestationseid fordern, welcher dahin geht, daß der Schwörende alles zum Nachlaß Gehörige treu angegeben und wissentlich nichts verschwiegen, auch davon weder selbst etwas auf die Seite gebracht, noch durch Andere habe

20) Ebenda §. 441; A. G.O. I, 10, §. 288. Vergl. c. 2 X. de probationibus (II, 19).

21) L. 22, §. 10 C. de jure deliberandi (VI, 30).

22) A. G.O. I, 22, §. 32, verb. mit §. 25, Tit. 45.

23) Nach der L. 22, §. 10 D. l. c. soll er der Masse den doppelten Werth der verhehlten oder beseitigten Sachen vergüten.

24) A. L.R. I, 9, §§. 423, 434, 439.

bringen lassen[25]; nach preuß. Rechte muß er auch noch das Versprechen enthalten, wenn sich in der Folge ergeben sollte, daß etwas außer Acht gelassen worden sei, davon noch getreulich Anzeige zu thun[26]. Im preußischen Rechte werden als eidespflichtige ausdrücklich nur genannt: Erben, die bei dem Ableben des Erblassers im Sterbehause sich befanden, oder auch nachher in den Besitz der Erbschaft gesetzt worden[27]; von Hausgenossen und Domestiken ist nicht die Rede, obwohl dieselben, gerade in Abwesenheit der Erben, vor der Versiegelung in der sehr bequemen Lage sind, sich von dem Nachlasse etwas anzueignen, ohne daß ihnen dies nachgewiesen werden kann, daher man gemeinrechtlich es für unbedenklich hält, auch von Domestiken die Ableistung des Manifestationseides zu fordern[28]. Man darf dieses auch nach preuß. Rechte für unzweifelhaft halten, da den Hausgenossen des Verstorbenen zur Pflicht gemacht ist, dem Gerichte, behufs Siegelung, den Sterbefall anzuzeigen, wenn sie sich nicht verantwortlich machen wollen[29]. Damit unterliegen sie auch der Verantwortlichkeit, welche eine zu späte Anzeige hinsichtlich der Ausmitteluug des Nachlasses für den nachlässigen Erben selbst zur Folge hat, auch spricht dafür die Analogie der Vorschriften über die Schwurpflichtigkeit der Dienstboten eines Gemeinschuldners[30] und eines inventirenden sorglosen Gerichtskommissars[31]. — Der Erblasser kann jedem Erben, beziehungsweise Miterben, welchem er keinen Pflichttheil schuldig ist oder mehr als den schuldigen Pflichttheil zuwendet, untersagen, dem Inventirenden den Manifestationseid, den er an sich nach dem Gesagten auch ohne das Vorhandensein von Verdachtsgründen würde leisten müssen, abzufordern; das Verbot verliert jedoch seine Wirkung, wenn eine Unrichtigkeit, welche mit Bewußtsein (doloserweise) oder aus grober Fahrlässigkeit begangen ist, wahrscheinlich gemacht wird, denn so wird ja wol die Aeußerung: „sobald gegründete Vermuthungen einer begangenen Unrichtigkeit dem Richter bekannt werden," im Prozeßrechtssinne aufzufassen sein[32]. Also gegen den Pflichttheils-

---

25) Glück, Kommentar, Bd. XI, S. 53, Nr. 1, und Mühlenbruch, in dessen Forts. Bd. XLI, S. 363, 411 ff.

26) A. G.O. I, 22, §. 33.

27) Ebenda §. 29, Nr. 3; A. L.R. I, 9, §. 440; II, 18, §. 389.

28) Mühlenbruch a. a. O. S. 412.

29) A. G.O. II, 5, §. 23.

30) A. G.O. I, 22, §. 29, Nr. 7.

31) A. G.O. II, 5, §. 56 a. E.

32) A. L.R. II, 18, §§. 393, 394. — Erk. des Obertr. vom 3. November 1862 (Entsch. Bd. L, S. 444 u. Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 53).

berechtigten hat ein solches Verbot, auch ohne dergleichen „Vermuthungen", keine Wirkung, wenn ihm mehr als der schuldige Pflichttheil zugewendet worden ist. Aber woher soll man das erfahren, wenn die Feststellung der Richtigkeit des Inventariums verboten ist? Soll der Pflichttheilsberechtigte sich erst andere als die sonst dem Erben gegebenen Beweismittel schaffen, um darzuthun, daß der Nachlaß mehr beträgt als der Erbe in dem Inventar angiebt? Das sieht gerade so aus wie eine unerlaubte Beschränkung des Pflichttheils; der Pflichttheilsberechtigte kann im Gebrauche der Rechtsmittel zum Nachweise des ihm schuldigen Pflichttheis eben so wenig beschränkt werden, wie ein unbefriedigter Gläubiger durch seinen Schuldner in Erforschung der Zahlmittel[33]).

2. Die Konfusion des beiderseitigen Vermögens ist nunmehr verhindert[34]), und die Folgen davon sind:

a) Der Benefizialerbe braucht alle an die Erbschaft zu machenden Forderungen nur soweit, als das Vermögen des Nachlasses hinreicht, zu vertreten[35]), auch diejenigen, welche aus der Verwaltung entspringen, z. B. solche, welche aus der Abwickelung des zwischen einem Gläubiger und dem Erblasser bestandenen Geschäftsverkehrs und den zu diesem Zwecke noch fortgesetzten laufenden Geschäften entstehen[36]). —

b) Der Erbe kann und muß die sich gehörig legitimirenden Gläubiger befriedigen, auch Vermächtnisse entrichten, zu welchem Zwecke er sich der Verwaltung und der Versilberung des Nachlasses unterziehen darf[37]). Die Gläubiger müssen zwar die nach Vorschrift der Gesetze vorzunehmende Regulirung dieser Angelegenheit abwarten, aber der Erbe kann sich gegen das Andringen der Gläubiger nicht auf die ihm zur Anfertigung des Inventariums bestimmte weitere Frist berufen, sondern kann die Exekution nur durch Antrag auf Eröffnung des Liquidationsverfahrens abwenden, während welchem er jedoch in dem Besitze und der Verwaltung bleibt[38]). —

---

33) A. G.O. I, 22, §. 29, Nr. 4—8. — Konk.-Ordn. §. 156. Das wird auch gemeinrechtlich angenommen. Mühlenbruch, bei Glück, Bd. XLI, S. 434 ff.

34) I, 16, §. 486. — L. 22, §. 9 C. eodem.

35) I, 9, §. 422. — L. 22, §. 4 C. eodem: „— nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant."

36) Erk. des Obertr. vom 24. April 1856 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XXI, S. 132).

37) V. vom 28. März 1840, §. 1 (G.S. S. 103).

38) A. G.O. I, 24, §. 18; V. I. vom 4. März 1834, §. 2; Konk.-Ordn.

Hierbei findet sich eine sehr wichtige Verschiedenheit zwischen dem röm. und dem preuß. Rechte. Nach jenem darf der Erbe die sich meldenden Gläubiger und Legatarien befriedigen, ohne auf das Vorzugsrecht des Einen vor dem Anderen Rücksicht zu nehmen; ist die Masse erschöpft, worüber er freilich Rechnung legen muß denjenigen, die sich nun noch einfinden, so findet an ihn kein weiterer Anspruch statt, wogegen den Nichtbefriedigten ein Anspruch gegen die nachgesetzten Gläubiger und gegen die befriedigten Vermächtnißnehmer eingeräumt ist [39]). Das Nähere darüber, so wie die sich daran knüpfenden Meinungsverschiedenheiten der Rechtsgelehrten können für unseren Zweck übergangen werden. Das Landrecht hat diese Basis verlassen, es fordert von dem Benefizialerben, welcher sich selbst mit der Verwaltung des Nachlasses und Regulirung der Sache befaßt (was er nicht nöthig hat, da er Alles dem Gerichte unbeschadet seines Erbrechts überlassen kann) [40]), daß er die Bezahlung der Erbschaftsgläubiger nur in derjenigen Ordnung leiste, welche die Gesetze nach Beschaffenheit ihrer Forderungen vorschreiben. Erschöpft er den Nachlaß durch Zahlungen an einige Gläubiger dergestalt, daß selbiger zur Befriedigung derjenigen, welche ein Vorzugsrecht haben, unzureichend wird, so kann er sich gegen solche bevorzugte Gläubiger mit der Rechtswohlthat des Inventarii nicht schützen; vielmehr muß er denselben aus seinem eigenen Vermögen auf so hoch gerecht werden, als sie erhalten haben würden, wenn der Nachlaß unter die Gläubiger überhaupt nach gesetzmäßiger Ordnung wäre vertheilt worden, wobei denn auch den gerichtlichen Liquidationskosten, welche den Gläubigern abgezogen worden wären, Rechnung getragen werden muß [41]). Ein hierauf gegründeter Anspruch steht immer nur dem einzelnen benachtheiligten Gläubiger zu, es kann nicht etwa, wenn demnächst Konkurs über den Nachlaß ausbricht, der Massenverwalter einen solchen Anspruch erheben [42]). Das Landrecht entscheidet hierbei eine gemeinrechtliche Kontroverse. Das R.R. giebt, wie gesagt, den benachtheiligten bevorzugten (wörtlich nur den hypothekarischen) [43]) Gläubigern gleichfalls einen Anspruch, nur

v. 8. Mai 1855, §. 345. — Nach R. R. hatte der Erbe auch während der Inventirungsfrist Ruhe. L. 22, §. 11 C. eodem.

39) L. 22, §§. 5 et 7 C. eodem.

40) A. L.R. I, 12, §. 359 u. I, 9, §. 455 u. Konk.-Ordn. §§. 342 u. flg.

41) A. L.R. I, 9, §§. 452—454.

42) Pr. des Obertr. 609, vom 4. Februar 1839 (Präj.-Samml. I, 34).

43) L. 22, §. 6 C. eodem.

nicht gegen den zahlenden Erben, sondern gegen die Zahlungsempfänger, was für die Frage gleichgültig ist. Einige Ausleger haben jedoch ein solches Recht auch den Gleichberechtigten gegen die Empfänger auf Herausgabe einer verhältnißmäßigen Rate beigelegt wissen wollen, was an sich, abgesehen von positiven Bestimmungen, nicht widersinnig ist[44]). Das Landrecht hat nur denjenigen Gläubigern, „denen die Gesetze einen vorzüglichen Platz anweisen", ein solches eingeräumt, wodurch denn die Gleichberechtigten ausgeschlossen sind[45]). — Tritt nach Erschöpfung der Masse ein bevorzugter Gläubiger mit seiner Forderung hervor, so kann der Erbe mit dem Nachweise, daß nichts mehr vorhanden, sich nicht aus der Sache ziehen, sondern er muß über den Nachlaß, dessen Verwaltung, Nutzungen und Verwendungen, wobei er überall für ein grobes und mäßiges Versehen haftet, Rechenschaft ablegen[46]), und den Nachweis führen, daß die ganze vorhanden gewesene Aktivmasse zur Befriedigung besser berechtigter oder gleichberechtigter Gläubiger verwendet worden sei; das an nachstehende Gläubiger Gezahlte darf er nicht anrechnen[47]).

c) Der Benefizialerbe behält gegen den Nachlaß seines schuldnerischen Erblassers die Rechte eines anderen Erbschaftsgläubigers und konkurrirt in Ansehung seiner Forderungen mit den übrigen Gläubigern des Erblassers, wie wenn er nicht Erbe geworden wäre, bringt auch alle der Erbschaft und deren Verwaltung wegen aufgewendeten Kosten in Abzug[48]). Daß diese vor allen Forderungen den Vorzug haben, ist nicht zu bezweifeln, insofern sie nicht durch sein grobes oder mäßiges Versehen verursacht worden sind. In Ansehung seiner Forderungen als Erbschaftsgläubiger kann jedoch sein Verhältniß zu seinen Mitgläubigern Zweifel veranlassen, wenn er sich, was ihm nicht verwehrt werden kann, selbst bezahlt macht und dadurch die Masse erschöpft. Doch darf es als das Richtige angenommen werden, daß er dadurch keine andere Verantwortlichkeit auf sich nimmt, als ihm obliegen würde, wenn er andere Gläu-

---

44) Darüber s. m. Mühlenbruch, in der Forts. von Glück, Bd. XLI, S. 368 ff.

45) I, 9, §. 453. — Erk. des Obertr. vom 16. September 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 186); u. vom 15. November 1864 (Bd. LIV, S. 358).

46) A. L.R. a. a. O. §§. 444, 445 u. m. Anm. dazu.

47) Ebenda §§. 453, 455. — Erk. des Obertr. vom 18. Februar 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLIV, S. 209).

48) I, 12, §§. 354, 355; I, 16, §. 487. — Vergl. Erk. des Obertr. vom 13. September 1844 (Entsch. Bd. XI, S. 225) u. L. 22, §. 9 C. eodem.

biger, mit denen er gleiche Rechte hat, befriedigt hätte, d. h. er kann nur von solchen unbezahlt gebliebenen Gläubigern in Anspruch genommen werden, welche ein Vorrecht vor ihm haben.

## §. 148.

### 4. Aufhebung der Ausschließung.

Das Hinderniß der Konfusion fällt weg und die Vereinigung des beiderseitigen Vermögens mit allen ihren Wirkungen tritt in folgenden Fällen ein:

I. Wenn kein Inventarium errichtet und bei dem Gerichte niedergelegt worden ist. Dieses wird angenommen, wenn die zur Einbringung bestimmte Frist verstrichen ist, ohne daß das Inventarium eingekommen [1]), oder wenn dem als Inventarium eingereichten Schriftstücke die wesentlichen Erfordernisse eines Inventariums fehlen [2]), oder wenn dasselbe nicht bei dem zuständigen Erbschaftsgericht eingereicht worden ist (§. 147, Nr. I). Nach einer Meinung soll es keines Inventariums bedürfen, wenn gar kein Aktivvermögen, sondern nur Schulden vorhanden sind, weil nach dem Allg. Landrechte zum Begriffe einer Erbschaft das Vorhandensein eines positiven Faktors gehören soll, folglich Schulden ohne Sachen und Rechte eine Erbschaft nicht bilden könnten [3]). Daraus folgt auch, daß eine Person, welche kein Aktivvermögen hinterläßt, an sich einen Erben nicht haben könne. Wäre dieses geradezu behauptet und in jenem Konklusum als Entscheidungsgrund dafür hingestellt worden, daß der, welchem eine solche Verlassenschaft angefallen sei, für die Schulden nicht zu haften brauche; so würde der Spruch eine logische Schlußfolge haben. Aber einem Erben die Vortheile der Rechtswohlthat des Inventariums zusprechen, der kein Inventarium gemacht hat, ist widersinnig, ein beneficium inventarii ohne Inventarium ist ein Widerspruch in sich selbst. Daher ist dem von dem Obertribunale festgestellten Grundsatze: „Die Wirkung der innerhalb der bestimmten Frist unterlassenen Einreichung des Inventars wird durch die nachherige Behauptung des Erben, daß der Erblasser nichts hinterlassen habe, nicht ausgeschlossen [4])“, Beifall zu geben. — Das

---

1) A. L.R. I, 9, §. 427. — L. 22, §. 12 C. eodem.

2) A. L.R. a. a. O. §. 439.

3) So behauptet das O.App.Gericht des Königreichs Baiern als höchster Gerichtshof für Anspach-Baireuth, in einem Pl.-Beschl. vom 4. Dezember 1844 (Schles. Arch. VI, 173).

4) Pr. 242, vom 7. März 1837 (Präj.-Samml. I, 33); Erk. vom 13. August 1836 (Entsch. Bd. I, S. 304).

Landrecht sagt: Wenn den Benefizialerben der Verlust der Rechtswohlthat wegen Versäumung einer kürzeren von dem Richter bestimmten (§. 147, II, 1) Frist treffen soll, so muß er darüber rechtlich gehört werden [5]). Die Bedeutung dieser Bestimmung leuchtet nicht ein; gewiß läßt sie den Schluß nicht zu, daß der Erbe nicht gehört werden solle, wenn ihm die Rechtswohlthat wegen Versäumung der gesetzlichen Frist, oder einer vom Richter verlängerten Frist von einem Interessenten bestritten wird. Was damit gemeint wird, ist nicht ausgedrückt. Suarez sagt darüber: „Diese Vorschrift (wer die — Frist — verstreichen läßt, wird der Rechtswohlthat verlustig, §. 427) weicht von dem (märkischen) Erbschaftsedikte darin ab, daß das beneficium, sobald die Frist abgelaufen ist, ipso jure verloren geht; wohingegen nach dem Edikte erst auf die Privation desselben geklagt werden und sententia judicis hinzukommen muß. Der Grund der Abweichung ist, die Verdunkelung des Nachlasses zu verhüten, und die weitläuftigen und kostbaren Prozesse zu vermeiden, welche zu entstehen pflegen, wenn oft viele Jahre nach dem Tode auf das Benefizium provozirt wird, und alsdann ein Inventarium angefertigt werden muß, von dem so wenig Zuverlässigkeit als Vollständigkeit zu erwarten ist, und das also zu einem weitläuftigen Defektatorio öfters Anlaß giebt [6])." Dieser Bemerkung liegt eine irrige Vorstellung von der Bedeutung des Ausdrucks „ipso jure" zum Grunde. Ob eine Rechtswirkung ipso jure eintritt, oder erst durch eine Rechtshandlung oder Thätigkeit hervorgebracht wird, ist auf die Frage: ob darüber ein Prozeß und ein Richterspruch gestattet sein soll, einflußlos; entsteht darüber zwischen Privatparteien Streit, so muß in allen Fällen ein Richterspruch ausgewirkt werden. Mit der besprochenen Bestimmung ([6]) hat also gesagt werden sollen: in dem Falle müsse eine Privationsklage angebracht werden. Dies ist bei der Aberkennung der Rechtswohlthat des Inventars ohne alle praktische Bedeutung, der Erfolg der Entscheidung über den Streit: ob einem Benefizialerben die Rechtswohlthat zu Statten komme oder nicht, ist in allen Fällen immer der gleiche. Auch die Bestimmung, daß der, welcher auch nur auf den Antrag Eines Gläubigers oder Legatars der Rechtswohlthat verlustig erklärt worden, davon auch gegen alle übrigen Gläubiger und Legatarien ferner keinen Gebrauch machen könne [7]), gilt für alle s. g. Verlustgründe.

5) I, 9, §. 428.

6) Schlußvorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 12, bes. S. 26.

7) I, 9, §. 429.

Die Folgen der Fristversäumung treten ausnahmsweise nicht ein: 1. gegen Pflegebefohlene und Kuranden. Da es aber doch ohne Inventarium keine Rechtswohlthat des Inventars giebt, so sollen Vormünder und Kuratoren von den Gerichten, unter deren Aufsicht und Leitung sie stehen, zur gehörigen Einbringung durch Strafen und Exekution angehalten werden [8]), auch sind sie den Gläubigern wegen des aus der Säumniß entstehenden Nachtheils nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich. Wird der Pflegebefohlene, ehe solches durchgeführt werden kann, selbstständig, so ist die Einbringung des Inventariums seine Sache, und hierzu hat er die bestimmte gesetzliche Frist, welche vom Tage der Beendigung der Pflegschaft über ihn anfängt [9]). „Andere Verwalter fremder Angelegenheiten", d. h. solche, welche nicht unter der Aufsicht der Gerichte stehen, wie z. B. Väter, welche es versäumen, das Inventarium von einer ihren in väterlicher Gewalt stehenden Kindern angefallenen Erbschaft einzubringen [10]); Vorsteher der Kirchengesellschaften und der ihnen nach §. 42, Tit 19, Th. II des A. L.R. gleichgestellten Armenanstalten [11]), Gemeindevorsteher, Vertreter des Fiskus [12]), und dergl., schaden durch ihre Verabsäumung ihrem Prinzipal und haften ihm wegen des daraus entstehenden Nachtheils so wie den Erbschaftsgläubigern wegen Verdunkelung der Masse [13]); 2. gegen Miterben, wenn auch nur von Einem derselben das Inventarium gehörig eingebracht ist, weil Miterben Miteigenthümer auf das Ganze pro indiviso sind [14]) und jeder Gemeinschafter vermuthete Vollmacht hat, vermöge welcher er die Rechte des Ganzen wahren und für die Genossen mit handeln kann [14a]); 3. gegen den Erben, welcher durch einen Nachlaßgläubiger an der Errichtung des Inventariums, z. B. durch Vorenthaltung des Erbschaftsbesitzes und der zur Anfertigung des Inventars erforderlichen Materialien verhindert worden ist [15]). Daß

8) Ebenda §§. 430, 431. Anders nach der Nov. 1, c. 4, §. 1.

9) Pr. des Obertr. 1930, vom 8. November 1847 (Präj.-Samml. I, S. 34).

10) Pr. des Obertr. 2372, vom 28. April 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 63).

11) Erk. des Obertr. vom 4. Februar 1862 (Entsch. Bd. XLVIII, S. 43).

12) Daß auch der Fiskus sich durch Errichtung des Inventars das Benefizium erwerben müsse, darüber ist gemeinrechtlich kein Zweifel. Mühlenbruch, in Glück's Kommentar, Bd. XLI, S. 425.

13) I, 9, §. 432.

14) I, 9, §. 382; I, 17, §. 115. Anders nach L. 22, §§. 2, 3 C. de jure deliber. (VI, 30).

14a) Gemeinrechtlich wird dies nicht angenommen. Mühlenbruch a. a. O. S. 398 ff. u. S. 428 ff.

15) Erk. des Obertr. vom 14. November 1854 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XVI, S. 24).

dieser Gläubiger den durch ihn verhinderten Erben nicht als Erben ohne Vorbehalt in Anspruch nehmen kann, hat seinen Grund in dem Dolus des Gläubigers. Gegen schuldlose Dritte kann der Erbe aus dem ihm bereiteten Hinderniß keinen Einwand hernehmen, er kann aber gegen den, der ihm in solcher Weise in Nachtheil gebracht hat, Rezeß nehmen.

II. Wenn der Erbe der Rechtswohlthat des Inventariums ausdrücklich entsagt, d. h. die Erklärung abgiebt, daß er unbedingt Erbe sein, oder daß er von dem Benefizium keinen Gebrauch machen wolle, obgleich er wisse, daß er in diesem Falle für die Schulden über die Kräfte, mit eigenem Vermögen haften müsse[16]). Ueber die Form einer solchen Entsagung ist das Erforderliche schon oben (§. 146, Nr. II) vorgetragen.

III. Das Landrecht nennt noch eine dritte Aufhebungsart: „Wenn bei dem Aufgebote der Erbschaft die Zulänglichkeit des Nachlasses sich ergiebt; so erfolgt die Vereinigung vom Tage des eröffneten Präklusionserkenntnisses[17])." Diese Verordnung ist todt geboren. Deren Voraussetzung ist noch niemals in Erfüllung gegangen und kann auch nicht in Erfüllung gehen, indem das Präklusionserkenntniß den sich nicht meldenden Gläubigern, mögen sie bekannt oder nicht bekannt sein, nach älterem[18]) wie nach neuem[19]) Recht nicht ihr Forderungsrecht, sondern nur ihr Vorrecht und ihre Gleichberechtigung mit angemeldeten Forderungen entzieht und sie an den etwaigen Rest der Masse verweist. Daher kann sich durch das Präklusionserkenntniß nicht feststellen lassen: ob der Rest auf die unbekannten Forderungen zulangen wird.

## §. 149.
## III. Erwerbung durch Verjährung.

I. Durch Anfall kann eine Erbschaft (das Erbschaftsrecht) von einer im Verhältnisse zum Erblasser erbfähigen Person nur dann eigenthümlich erworben werden, wenn ihr Titel ein richtiger, beziehungsweise gültiger ist. Findet sich daran ein Mangel, so ist der vermeintliche Erbe nur „pro herede" Besitzender, wenn er in den Besitz gelangt, also nur Erbschaftsbesitzer. Dieser kann den Man-

16) I, 9, §§. 414, 418 u. 419; I, 16, §. 489. — R. vom 1. Juli 1817 (Jahrb. Bd. IX, S. 187).

17) I, 16, §. 488.

18) A. G.O. I, 50, §. 85 u. §. 89, Nr. 3.

19) Konk.-Ordn. vom 8. Mai 1855, §§. 348, 352.

gel im Rechte durch usucapio pro herede ersetzen und auf diesem Wege wirklicher Erbe werden, d. h. die juris universitas als solche, das Erbschaftsrecht, erwerben. Der wirkliche und wahre Erbe kann zwar auch titulo pro herede ersitzen, diese Erwerbung bezieht sich jedoch nur auf einzelne in der Erbschaft befindliche Sachen, welche nicht im Eigenthume des Erblassers waren [1]), wobei nichts Besonderes ist; hier wird nur die Ersitzung des Erbschaftsrechts von Seiten des vermeintlichen Erben gemeint, welche noch im neueren R. R., nur im geringeren Umfange als im älteren, und nicht mehr als improba et lucrativa usucapio, in Uebung ist [2]). Auch das preußische Recht kennt sie, ganz bestimmt als Erwerbungsart für eine Verlassenschaft als solche [3]), ohne jedoch darüber besondere Vorschriften zu geben, daher die Einzelnheiten aus den allgemeinen Grundsätzen über Erbschaftserwerbung und Verjährung, nach Anleitung des bis dahin geltend gewesenen Rechts, entnommen werden müssen. Darnach hat diese Erwerbungsart folgende Voraussetzungen im preußischen Rechte.

1. Derjenige, dessen Vermögen wie eine Erbschaft (pro herede) soll ersessen werden können, muß wirklich verstorben [4]), oder, nach preuß. Recht, für todt erklärt worden sein [5]). Jedoch hat die Besitznahme einer durch Todeserklärung eröffneten Erbschaft nur die rechtliche Bedeutung einer missio in possessionem. Daher muß der Besitzer a) demjenigen, welcher sich nachher als den wahren Erben, mit Rücksicht auf den früher oder später eingetretenen physischen Tod des Erblassers ausweist, die Erbschaft herausgeben, und b) dem für todt Erklärten, wenn er demnächst wieder erscheint, dessen Vermögen wieder zurückgeben [6]). Jedoch hat er in beiden Fällen, wenn er in gutem Glauben war [7]), nur das, was noch vorhanden, oder dessen Werth, soweit er noch vorhanden, auszuantworten, und die von ihm getroffenen Verfügungen unter Lebenden, mit Ausnahme einfacher Schenkungen, soweit der Gegenstand oder dessen Werth

---

1) L. 3, §. 4 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI, 2); L. 19, §. 1 D. de hered. pet. (V, 3); L. 33 D. de usurp. et usuc. (XLI, 3); L. 3 D. pro herede (XLI, 5).

2) L. 2 pr., L. 4 D. pro herede et poss. (XLI, 5).

3) II, 16, §. 21.

4) I, 9, §. 367. — L. 1 D. eodem; L. 3 C. de usucap. pro herede (VII, 29).

5) I, 9, §. 367; II, 18, §§. 835—841.

6) II, 18, §. 847.

7) Ebenda §§. 844, 845, 848.

sich noch in den Händen des redlichen Empfängers befindet (der unredliche muß unbedingt zurückerstatten), bleiben bei Kräften[8]). In Beziehung auf die Beweislast können hierbei Zweifel entstehen. Das Obertribunal hat zwischen Sachen und baarem Gelde unterschieden. Handelt es sich um Sachen — sagt es —, die der putative Erbe aus der Erbschaft in Besitz genommen hat, so liegt selbstredend dem klagenden wahren Erben der Beweis ob, daß sie im Besitze des Beklagten noch vorhanden sind. Anders stellt es sich, wenn der Vortheil, dessen Herausgabe verlangt wird, in baarem Gelde, welches der putative Erbe aus dem Nachlasse in Empfang genommen hat, besteht, weil die Regel des §. 273, Tit. 13, Th. I, daß die einmal eingetretene Bereicherung für eine dauernde anzusehen sei, aus der Fungibilität des Geldes folge. Der wahre Erbe habe hier also zu beweisen, daß und wieviel Geld der Beklagte aus dem Nachlasse bekommen, ohne daß er den weiteren und besonderen Nachweis, der Beklagte habe dasselbe mit seinem Gelde vermischt, zu führen habe. Wolle dann der Beklagte sich gegen die Rückforderung schützen, so habe er die Thatsachen anzugeben und zu beweisen, auf Grund deren er den Einwand stützen wolle, daß die, durch die Empfangnahme des Geldes einmal eingetretene, Bereicherung seines Vermögens nicht mehr vorhanden sei[9]). Die ganze Ausführung ist unzutreffend, weil sie von einer fehlgehenden Auffassung des Rechtsverhältnisses ausgeht. Der in die Erbschaft Eingewiesene steht zu dem wiedererscheinenden Eigenthümer oder zu dem zum Vorschein kommenden wahren Erben in dem Verhältnisse eines Besitzers zu dem Eigenthümer, so lange die 30jährige Verjährungsfrist noch nicht verstrichen ist; denn ist dies der Fall, so haben wir die dem preußischen Rechte einzig und allein angehörige, in der Welt nicht zum zweiten Male wiederkehrende juristische Kunsterscheinung, daß ein Lebender einen wirklichen Erben mit allen Konsequenzen hat und, nun selbst seines Vermögens beraubt, von ihm nur einen nothdürftigen Unterhalt als Almosen erhält[10]), während nach dem Axiom, daß ein Lebender nicht beerbt werden könne, auch im Falle der gerichtlichen, nur auf Muthmaßung beruhenden Todtsagung, eine Ersitzung als gar nicht angefangen erachtet werden müßte, wenn der Todtgesagte wiedererscheint; die Ersitzung kann nach den Gesetzen der juristischen Logik hier nur un-

8) Ebenda §§. 842, 847—851.

9) Erk. vom 2. März 1863 (Entsch. Bd. XLIX, S. 111).

10) II, 18, §§. 852, 853. Hier ist also der Rechtsgrundsatz: viventis hereditas non datur, eine juristische Unwahrheit.

ter der Resolutivbedingung Eigenthum verschaffen: wenn der Eigenthümer des Vermögens nicht wiedererscheint. Dieses nebenbei. So lange also die Verjährung nicht vollendet ist, muß der Vermögensbesitzer dem Eigenthümer die Masse wieder herausgeben. Ist er redlicher Besitzer, so ist er nur gehalten, die Sache, also auch die Masse, in dem Stande, in welchem sie sich wirklich befindet, zurückzugeben[11]). Was er erhalten hat, kann nicht ungewiß sein, da er sich nicht ohne Richter und Recht in den Besitz und die Verwaltung der Vermögensmasse gesetzt haben kann, oder, wenn er das gethan hätte, eine andere Verantwortlichkeit haben würde[12]). Es muß also ein Inventarium vorhanden sein, wonach der putative Erbe das Vermögen übernommen hat, oder es würden, wenn er ein solches zu errichten und einzureichen vernachlässigt hätte, wieder besondere Folgen eintreten. Die hereditatis petitio, oder, wenn der Eigenthümer selbst wieder erscheint, die Eigenthumsklage (denn nur von diesen dinglichen Klagen, nicht etwa von der persönlichen actio in factum wegen Bereicherung wird hier Anwendung gemacht, also paßt die Bezugnahme des Obertribunals auf die Regel des §. 273, Tit. 13, Th. I gar nicht), wird fundirt lediglich durch die vorhandene Spezifikation über das von dem Beklagten in Besitz genommene Vermögen, der Kläger kann nicht und braucht auch nicht zu wissen, was aus einzelnen Stücken geworden, er fordert ja nicht einzelne bestimmte Sachen, sondern einen dem Beklagten überlieferten Inbegriff. Leugnet der Beklagte, noch im Besitze des ganzen Inbegriffs zu sein, so hat er anzugeben, wo derselbe geblieben; macht er aber von dem Rechte eines redlichen Besitzers Gebrauch, wonach er die Masse nur in dem Stande, in welchem sie sich jetzt wirklich befindet, zurückzugeben hat, so ist das eine Exception, die er gehörig, durch den Nachweis des gegenwärtigen Zustandes, begründen muß, wodurch sich dann die Beweislast in Betreff der einzelnen Streitpunkte von selbst regelt; denn jedenfalls ist der Erbschaftsbesitzer nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift gehalten, nach entschiedener Sache Rechnung zu legen[12a]).

2. Derjenige, welcher pro herede das Erbrecht auf den Nachlaß eines Verstorbenen ersitzen will, muß in Beziehung auf den Erblasser erbfähig sein, denn er will ja eben dessen Erbe werden[13]).

---

11) I, 7, §. 188; II, 18, §§. 847, 848; I, 9, §§. 494—398.

12) I, 9, §§. 457—459.

12a) I, 17, §. 165.

13) I, 12, §. 43. Vergl. oben, §. 18. — L. 4 D. pro herede (XLI, 5):

3. Wer eine Erbschaft durch Ersitzung soll erwerben können, muß aus gerechten Gründen glauben, Erbe zu sein [14]).

4. Der Besitz der Erbschaft muß auf Grund des (vermeintlich richtigen) Titels animo dominii angefangen haben und thatsächlich ergriffen worden sein, wie bei jeder anderen Ersitzung. Das preußische Recht gestattet aber keine eigenmächtige Einmischung und Besitzergreifung; wer sich ohne Richter und Recht in die Verwaltung einer fremden Erbschaft eindrängt, kann eine Ersitzung nicht anfangen [15]), eine solche würde eine improba und lucrativa usucapio sein, welche schon das neue R. R. nicht mehr gestattete. Gegen einen abwesenden Erben oder Miterben, welcher von dem Anfall der Erbschaft keine Kenntniß erhalten hat, kann gleichfalls die Ersitzung nicht anfangen. Dies ist namentlich der Fall, wenn derselbe schon vor dem Erbanfalle verschollen war, und weder eine öffentliche Vorladung desselben oder der unbekannten Erben veranlaßt worden, noch sonst ein Umstand dargethan ist, welcher schließen läßt, daß er von dem Erbanfalle Kenntniß hätte erhalten können [16]).

5. Der Besitz muß ununterbrochen durch 30 Jahre [17]), und wenn der Fiskus ausgeschlossen werden soll, durch 44 Jahre [18]) fortgesetzt worden sein; die ordentliche Verjährung durch Besitz von 10 resp. 20 Jahren schließt die Erbschaftsklage des wahren Erben nicht aus [19]), und auch nicht die Präklusion unbekannter Erben [20]); diese giebt dem in Besitz gesetzten Erben nur den gerechten Grund, sich für den rechten oder alleinigen wahren Erben zu halten (Nr. 3), und darauf hin die Erbschaft zu ersitzen. Eine accessio possessionis kann nicht stattfinden, weil dem Singular-Successor der Erbrechtstitel gegen den Erblasser fehlt.

II. Die Wirkung der vollendeten Ersitzung besteht darin, daß sie den mangelnden rechtlich wirksamen Anfall ersetzt, so daß weiter nichts erworben ist, als die Erbschaft mit Ausschließung des wah-

---

„Constat, eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse." — Vergl. L. 33, §. 1 D. de usurpat. et usucap. (XLI, 3); L. 29 D. eodem.

14) L. 33, §. 1 D. de usurpat. (XLI, 3); L. 11 pr. D. de hered. petit. (V, 3).

15) A. L.R. I, 9, §§. 457—459.

16) Erk. des Obertr. vom 2. Oktober 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 176).

17) II, 18, §. 852.

18) II, 16, §. 21; I, 9, §. 629.

19) L. 4 C. in quibus caus. cess. long. temp. praescr. (VII, 34); L. 7 C. de petit. hered. (III, 31).

20) I, 9, §§. 494—498.

ren Erben, so, als wenn der Besitzer selbst der wahre Erbe wäre. Wenn sich also Sachen in der Erbschaft befinden, welche nicht dem Erblasser gehören, so sind diese nicht mit erworben oder, wenn der Erblasser daran ein Recht hatte, so ist nur dieses erworben, daher nun auch der Titel, welchen der Erblasser selbst hatte, auf den Usukapienten übergegangen ist[21]).

---

## Zweiter Abschnitt.

## Von dem Verluste der Erbschaften und Vermächtnisse wegen Unwürdigkeit.

### §. 150.

### I. Allgemeine Grundsätze.

I. In diesem Abschnitte ist nicht von solchen Fällen die Rede, in welchen eine erbschaftliche Zuwendung noch nach der Inbesitznahme deshalb wieder entzogen wird, weil aus irgend einem Grunde der Erbschaftstitel unkräftig oder der Begünstigte wegen Mangels der passiven Testamentsfähigkeit absolut oder relativ erbunfähig ist; denn in diesen Fällen hat eine Erwerbung, welche wieder in Verlust kommen könnte, nicht stattgefunden, es ist nur eine faktische Besitzveränderung vorgefallen, die mit der Feststellung der Ungültigkeit oder Unwahrheit des Titels, oder der mangelnden Erbfähigkeit nun auch den vorhanden gewesenen Schein des Rechtsbodens verloren hat. Auch die Fälle sind hier ausgeschlossen, wo die durch den Anfall ipso jure erworbene Zuwendung durch Lossagung davon zurückgewiesen wird, denn die Wirkung der Abstention wird auf den Zeitpunkt des Anfalles zurückbezogen, so daß die stattgefundene Erwerbung für gar nicht geschehen gilt. Hier kommen nur die Fälle in Betracht, wo eine erbschaftliche Zuwendung, Erbtheil oder Vermächtniß, einem Erbfähigen aus einem rechtsgültigen Titel angefallen und damit, nach preuß. Rechte, ipso jure wirklich erworben ist, demnächst aber, kraft einer positiven gesetzlichen Bestimmung, zur Strafe wieder entzogen wird. Das in solcher Weise entzogene (oder entrissene) Gut ist gemeinrechtlich unter dem Namen Ereptorium, vulgo Ereptitium, bekannt und fiel in den meisten Fällen (nicht in

---

21) L. 2 pr. D. pro herede (XLI, 5); L. 4 C. de usucap. pro herede (VII, 29); L. 11 D. de divers. tempor. (XLIV, 3); §. 12 Inst. de usucap. (II, 6).

allen) an den Fiskus. Das ältere R. R. hatte zwei Gruppen solcher Ereptionsfälle: die Infapacitätsfälle der Lex Julia et Papia Poppea, und die Indignitätsfälle. Im neuen R. R. ist die erste Gruppe verschwunden; die Indignitätsfälle sind in noch vermehrter Zahl in Geltung geblieben. Die allgemeinen Grundsätze davon sind folgende: 1. Die Güter, welche dem Bedachten wegen Unwürdigkeit sollen entzogen werden können, müssen ihm aus einer Erbschaft, entweder durch den Willen des Erblassers, oder durch das Gesetz, also aus einem erbrechtlichen Titel zugekommen sein [1]; 2. der, welchem sie zugedacht sind, muß erbfähig sein; 3. er muß sie bereits erworben haben, oder er muß doch nach R. R. in die juristische Möglichkeit versetzt sein, sie jeden Augenblick zu erwerben, sie müssen ihm also wenigstens deferirt sein [2]), welche Thatsache nach preuß. Recht mit der Erwerbung zusammen fällt; 4. dem Bedachten muß eine That, welche mit dem Erblasser oder gegen ihn begangen worden, zur Last fallen, womit das Gesetz, welches keine analoge Anwendung zuläßt, den Verlust der Erwerbung verknüpft [3]). Diese That, Delikt oder fehlerhafte Handlung, kann vor [4]) oder nach [5]) der Delation (Erwerbung) vorgefallen sein. — Hieraus erhellet zur Genüge, daß die Anerkennung eines angreifbaren Testaments nicht die Entziehung der daraus gemachten Erwerbung ausschließen **kann**. Denn da die s. g. Entreißung einer erbschaftlichen Erwerbung wegen Unwürdigkeit eine an sich rechtsgültig geschehene Erwerbung voraussetzt, weil ja sonst die Erwerbung an sich nicht rechtlich existirt, so muß ja erst nach solcher Anerkennung eines anfechtbaren Testaments, wenn es dadurch zur Geltung gekommen ist, die Möglichkeit zur „Entreißung" des dadurch Erworbenen gegeben sein. Hier treffen wir jedoch wieder auf eine absonderliche Meinung des Obertribunals. Dieses hat als Rechtsgrundsatz aufgefunden und durch ein Präjudiz festgestellt: „Die Vorschrift, nach welcher der Erbe oder Legatar, der eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, deren Gültigkeit nicht weiter anfechten kann, findet auch auf die in den §§. 605—607, Tit. 12, Th. I A. L.R. erwähnten Fälle Anwendung, in denen nicht die Gültigkeit einer solchen Verordnung überhaupt angefochten, sondern nur

1) Ulpian, Fragm. XIX, §. 17; L. 9 D. de SC. Silaniano (XXIX, 5); L. 2, §. 2 D. si quis aliquem testari (XXIX, 6); Tit. D. de his quae ut indignis auferuntur (XXXIV, 9); Tit C. eodem (VI, 35).

2) L. 25, § 1 D. de his, quae ut indignis (XXXIV, 9).

3) L. 4 C. de his, quibus ut indign. (VI, 35).

4) L. 9 pr. §. 1 D. eodem.

5) L. 13, §. 9 D. de jure fisci (XLIX, 14).

die Unwürdigkeit (Indignität) desjenigen, der die Errichtung eines Testamentes oder dessen Widerruf verhindert hat, geltend gemacht wird [6])." Die durch Anerkennung des Testaments hergestellte Rechtsbeständigkeit des Testaments giebt ja erst die rechtliche Möglichkeit zur Exeption, die ohne die Rechtsbeständigkeit des Testaments nicht gedacht werden kann, weil ohne sie eine Erwerbung gar nicht existent geworden ist. Es könnte daher, wenn diesem Spruche ein Rechtsgedanke untergelegt werden soll, nur der sein, daß in der Anerkennung ein bindender Verzicht auf die Exeption stillschweigend enthalten sei. Allein bekanntlich giebt es keine stillschweigenden Verzichte auf bereits begründete Rechte, auch hat man daran bei jenem Spruch nicht gedacht. Die Begründung desselben ist eben so eigenthümlich wie er selbst. Die Gründe sind begrifflich nicht zu fassen. Der Ausgang wird genommen von dem §. 611 a. a. O.: „Der Erbe und Legatar, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit nicht weiter anfechten." Das ist ja aber völlig unjuristisch. Wer einem letztwillig Bedachten das ihm Zugewendete wegen einer That, die ihn nach dem Gesetze unwürdig macht, entreißen will, kann ja das Testament nicht anfechten, er muß sich ja gerade auf dessen Gültigkeit stützen. Nun heißt es nach einer jenen Satz weiter ausführenden Wortreihe: „Die Unsittlichkeit des Honorirten wird wenigstens der Regel nach nicht von Amtswegen verfolgt, und der Verlust, dem der Unwürdige ausgesetzt ist, trifft ihn nicht als eine öffentliche Strafe, da das A. L.R., abweichend vom R. R., dem Unwürdigen seinen Erbtheil nicht zu Gunsten des Fiskus entzieht, sondern ihn dem Nachlasse zuwachsen läßt." Das ist juristisch völlig unverständlich. Dadurch, daß, nach preuß. R., statt des Fiskus eine Privatperson der Berechtigte ist, wird in dem Rechtsverhältnisse selbst nichts geändert, und von einer öffentlichen Strafe ist ja überhaupt nirgend die Rede. Endlich heißt es noch: „Es beruht also in dem Willen des Beschädigten, ob er das anfechtbare Testament als zu Recht bestehend anerkennen oder anfechten will; wenn er aber ersteres einmal gethan hat, soll er hiervon nicht wieder zurücktreten." Das ist kein hier passender Rechtsgedanke. Anfechtung der letztwilligen Verfügung und Entreißung einer Zuwendung wegen Unwürdigkeit schließen einander aus.

II. Die Wirkung der Indignität soll, wenn die Ursache der Indignität eine eigene Handlung, jedoch kein Delikt, des Bedachten

---

6) Pr. 2634, vom 4. Juli 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 18).

ist, nach R. R. nicht eintreten, wenn dieser ein Minderjähriger ist; hat sein Vormund für ihn gehandelt, so trifft zwar die Wirkung den Mündel, aber der Vormund muß ihm den Nachtheil ersetzen[7]. Darüber schweigt das Landrecht; es müssen daher die allgemeinen Grundsätze über die Zurechnungsfähigkeit bei unerlaubten Handlungen zur Anwendung kommen; wenn aber der Vormund die fehlerhafte That begangen hat, wird dies dem Mündel nicht schaden.

III. Für das Justinianische Recht ist es Regel, daß die Ereptorien, welche nicht anderen Personen besonders zugewiesen sind[8], dem Fiskus anfallen[9], doch mit den darauf ruhenden Schulden und Lasten[10]. Dieses fiskalische Recht hat das Landrecht aufgehoben. „Die bloße Unfähigkeit oder Unwürdigkeit des gesetzlichen, oder durch Willenserklärungen berufenen Erben giebt — dem Staate auf den Nachlaß noch keinen gegründeten Anspruch[11]." Dabei steht das Allegat: Th. I, Tit. 12, §§. 36 sqq. (wo von der passiven Testamentsfähigkeit gehandelt wird), §§. 599 und 605 sqq. (wo einige Indignitätsfälle aufgeführt sind). Dazu findet sich im Entwurfe[12] folgende Note: „Der Unterschied inter incapacem et indignum beruht auf einer äußerst subtilen, und offenbar nur zur Begünstigung des Fisci erfundenen Distinktion des römischen Rechts. Viele Rechtslehrer zweifeln daher, nicht ohne Grund, an der Reception dieses Unterschiedes in den deutschen Gerichtshöfen überhaupt. In dem preußischen Staate aber, wo der Landesherr so oft ausdrücklich erklärt hat, daß er eher von seinen Rechten etwas fahren lassen, als die Unterthanen in den ihrigen gekränkt wissen wolle, kann die Weglassung der römischen Theorie de indignis keinen Anstand finden." Diese Note ist ein Zeugniß, daß die Herren nicht Meister des Stoffs waren. Die Inkapacität, welche sie hier mit der Indignität zusammenstellen und worunter sie nach dem Allegat

---

7) L. 5, §. 9; L. 22 D. quae ut indignis (XXXIV, 9); L. 2, L. 6 C. eodem (VI, 35); L. 1 C. in quibus caus. in integr. (II, 41).

8) Wie z. B. in der L. 28, §. 1 D. de excusation. (XXVII, 1); L. 5, §. 2 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9); L. 1, §. 3 D. ubi pupill. (XXVII, 2); L. 12, §. 4 D. de relig. (XI, 7); Nov. 22, c. 47 pr.; Nov. 115, c. 3, §. 12; c. 3, §. 13; c. 4, §. 7; L. 10 C. de leg. hered. (VI, 58); L. 5 et 25 C. de leg. (VI, 37); L. 48 D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1).

9) L. un. §. 12 C. de caducis tollendis (VI, 37).

10) L. 3, §. 5 D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1); L. 3, §. 4; L. 14 D. de jure fisci (XLIX, 14); L. 5, §. 4; L. 12, L. 16, §. 2; L. 18, §. 1 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9); L. 60 D. de condit. et demonstr. (XXXV, 1).

11) II, 16, §. 18.

12) Th. I, Abth. 3, Tit. 4, §. 15.

die Erbunfähigkeit (Mangel der passiven Testamentifaktion) verstanden, ist das der Lex Julia eigenthümliche „capere non posse"; von dem Caelebs, dem nirgends die Erbfähigkeit abgesprochen wird, heißt es: „Caelibes per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur[13]." Davon war im Justinian'schen Rechte keine Rede mehr, und aus dem Mangel der s. g. testamentifactio passiva hat zu keiner Zeit die Volkskasse (Aerarium) und später der Fiskus irgend einen Vortheil zu ziehen gehabt. Jene Satzung ([11]) entzieht daher unter der Benennung „bloße Unfähigkeit" dem Fiskus einen Gewinn, den er niemals gehabt hat. Und die vermeintliche „Weglassung der römischen Theorie de indignis", welche in der Note rühmend hervorgehoben wird, ist ebenfalls keine Wahrheit, da ja eine Reihe von Indignitätsfällen aufgenommen und nur das Subjekt des Ereptionsberechtigten durch die Ausschließung gewechselt, dabei aber durch die Uebergehung der allgemeinen Grundsätze des Instituts eine Verstümmelung desselben geschaffen ist.

IV. Nach der röm. Rechtsregel: codicillis hereditas adimi non potest, kann eine Erbeseinsetzung in einem Kodizille nicht zurückgenommen werden. Diese Regel hat bei Kodizillen, welche nicht die äußere, ordentliche oder privilegirte, Form eines Testaments haben, auch im preuß. Rechte Geltung (oben §. 66). Aber eine, in einem Kodizille vorkommende Indignitätserklärung ist nach R. R. rechtlich wirksam[14]. Diese Verordnung ist von Mehreren zu den Ausnahmen von jener Regel gezählt worden, sie ist jedoch keine Ausnahme. Denn der Indignus muß, wie oben (I) schon gesagt ist, gerade sein Erbrecht behalten (erwerben), um ihm den Vortheil daraus entreißen zu können[15], er bleibt auch Erbe trotz der Entziehung des materiellen Vortheils[16], so daß seine durch die Konfusion untergegangenen Rechte und Forderungen durch die Entziehung der Erbschaft nicht wieder aufleben[17]. Aber das praktisch Wichtige bei dieser Verordnung ist dies, daß nach der Fassung[18] derselben

13) Gajus, Instit., II, §§. 111 et 286.

14) L. 4 C. de his quibus ut indignis (VI, 35).

15) Vergl. L. 9 C. eodem; L. 18, §. 1 D. eodem; L. 29, §. 1 D. de jure fisci (XLIX, 14).

16) L. 43, §. 3 D. de vulg. et pupill. substit. (XXVIII, 6).

17) L. 8, L. 18, §. 1 D. de his quae ut indign. (XXXIV, 9); L. 29, §§. 1, 2 D. de jure fisci (XLIX, 14).

18) „Hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi verbis directis non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus suis declaravit, merito ejus portio, non jure ad alium translata, fisco vindicata est."

die bloße Erklärung des Erblassers die Indignität feststellen soll, während doch dieselbe ihren Entstehungsgrund nur in einer den Erblasser verletzenden That des Bedachten haben kann. Daß es jedoch wirklich so gemeint sei, läßt sich nicht bezweifeln, da ja schon die bloße, absichtlich geschehene, Durchstreichung des Namens des Erben im Testamente für eine Indignitätserklärung zu Gunsten des Fiskus gilt[19]). Für das preuß. Recht läßt sich hieraus kein praktischer Nutzen gewinnen; das Landrecht kennt eine allgemeine Unwürdigkeitserklärung ohne Angabe eines thatsächlichen Grundes nicht und der etwa angegebene erhebliche Grund wird durch die Erklärung des Erblassers nicht bewiesen. Die Rechtslage ist diese: Hat der Erblasser die Unwürdigkeit eines von ihm Bedachten in einer letztwilligen Erklärung unter Beobachtung der äußeren Testamentsform ausgesprochen, so liegt darin, er mag einen oder keinen Grund angegeben haben, eine deutlich erklärte Willensänderung und gilt, insofern der Bedachte nichts gegen den Willen des Erblassers zu fordern hat, als Widerruf. Ist die Erklärung formlos, so kann sie nur als ein Beweis dafür angesehen werden, daß zwischen dem Erblasser und dem Bedachten eine Versöhnung, welche die Wirkung der entwürdigenden Handlung aufheben würde[20]), nicht stattgefunden hat, und der Ereptionsberechtigte ist, wenn er einen Indignitätsgrund beweisen kann, nicht gehindert, die Zuwendung dem Indignus zu entziehen.

V. Ueber den Einfluß der Indignität des Einen von mehreren Miterben auf die Berechnung des einem Notherben angewiesenen Pflichttheils ist man nicht einig. Die Frage: ob der Indignus, welchem sein Erbtheil entrissen wird, mitzuzählen sei, wird von einer Seite verneint, weil bei Berechnung des Pflichttheils jederzeit auf den Zustand der Intestatvererbung gesehen werden müsse, derjenige aber, welchen die Gesetze von der Intestaterbfolge ausschließen, so anzusehen sei, als ob er gar nicht existire[21]). Von der anderen Seite wird der Beweisgrund für diese Meinung bestritten und jene Frage bejaht. Denn der Indignus werde nicht von der Erbschaft ausgeschlossen, vielmehr erwerbe er sie, und werde ihm hinterher das Erworbene wieder entrissen[22]). Werde sogar der Enterbte mitgezählt,

19) L. 12, L. 16, §. 2 D. de his quae ut indign. (XXXIV, 9).

20) L. 4 D. de adimend. et transfer. (XXXIV, 4).

21) Glück, Kommentar, Bd. VII, S. 124 und der dort angef. Meyer, §. XIII.

22) L. 29, §. 1 D. de jure fisci (XLIX, 14); L. 8, L. 18, §. 1 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9).

dem doch das Erbrecht gar nicht einmal anfalle, wie viel mehr der, welcher als Erbe erscheine und seinen Theil herausziehe, wenn auch für einen Anderen (den Fiskus). Justinian's Billigkeitsgrundsatz, worauf die Erhöhung der Legitima gestützt, sei auch anwendbar, indem durch die Konkurrenz des Indignus, oder dessen, welcher an seine Stelle tritt, das erbschaftliche Vermögen in mehrere Theile gehe, folglich der Intestaterbtheil der übrigen Miterben verkleinert werde. — Hierin wird nun aber auch von dieser Seite die Grenze gefunden. Wenn nämlich der Fall eintrete, wo der wegfallende Theil des Indignus an die übrigen Miterben komme [23]), so dürften auch nur die nunmehr wirklich konkurrirenden Personen gezählt werden [24]). — Im preuß. R. hat die Frage dieselbe praktische Wichtigkeit und ist gesetzlich nicht entschieden. Der analoge Fall ist die Enterbung eines nothwendigen Miterben. Denn nach dem Landrecht ist die Rechtslage so, daß bei Erbschaften die Ereptorien nie an einen Fremden (Fiskus) kommen, sondern in der Erbmasse bleiben oder in dieselbe zurückfallen. Thatsächlich steht die Sache daher so, als wenn der Indignus enterbt worden wäre.

VI. Die Ereptorien werden dem Ereptionsberechtigten ohne weitere Handlung (ipso jure) erworben, durch Singularsuccession, wie bei Singularfideikommissen. „Singularum rerum dominia nobis adquiruntur — traditione etc. — — lege — Lege nobis adquiritur — — caducum, vel ereptorium [25]).“ Der Unwürdige, welcher noch nicht im Besitze ist und sich mit dem ihm ursprünglich zuständigen Rechtsmittel (hereditatis petitio oder, bei Legaten, actio ex testamento vel legati) den Besitz verschaffen will, wird auf den Einwand der Unwürdigkeit abgewiesen. (Oben, §. 5, S. 59.) Dieses Vorbringen hat nicht den Rechtscharakter einer eigentlichen Exception, sondern ist ein Bestreiten der Zuständigkeit des Klagerechts; denn das Rechtsprinzip lautet: „indigno actiones hereditariae in totum denegandae sunt [26]).“ Wird also durch die von dem Beklagten vorgebrachten Thatsachen die Indigni-

---

23) Wie in dem Falle der Nov. 22, cap. 47 pr.

24) Mühlenbruch, in der Forts. von Glück's Kommentar, Bd. XXXV, S. 264.

25) Ulpian, Fragm., XIX, §§. 2, 17. — Vergl. L. 1, §. 1 D. de jure fisci (XLIX, 14).

26) L. 29, §. 2; L. 30 D. de donat. (XXXIX, 5). Vergl. L. 5, §§. 5, 10, 11; L. 9 pr. §§. 1 et 2; L. 15, L. 16, §. 1 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9); L. 2, §. 47 D. ad S.C. Tertull. (XXXVIII, 17); L. 29, §. 1 D. de jure fisci (XLIX, 14).

tät des Klägers begründet, so muß ihm der Richter die Klage absprechen. Ist aber der Indignus oder ein Dritter im Besitz, so macht der Exceptionsberechtigte von der Klage Gebrauch, über deren rechtliche Natur schon das Erforderliche vorgetragen ist (oben, §. 5, S. 59 ff.). Für Nutzungen, Früchte und Zinsen haftet der Indignus von Anfang des Entreißungsprozesses an wie ein unredlicher Besitzer[27]); von einem früheren Zeitpunkt an braucht er die Früchte nicht herauszugeben, weil er ja wahrer Erbe ist und als Eigenthümer besitzt, und nicht wissen kann, ob der Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen will, was lediglich von seiner Willkühr abhängt.

## §. 151.
## II. Die einzelnen Fälle.

Die aus dem römischen Rechte in das Landrecht aufgenommenen Indignitätsfälle sind folgende:

I. Wer den Tod des Erblassers durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit verursacht hat, ist sowohl hinsichtlich eines ihm zugedachten Erbrechts als auch eines Legats unwürdig, im Falle der Fahrlässigkeit nur dann, wenn ihm der Erblasser nicht verziehen hat[1]). Dieser Grund gilt im R. R. auch für die Intestatsuccession[2]). Das Landrecht hat denselben nur für die Tödtung des „Testators" aufgestellt, aus der Intestaterbfolge aber nur den einzigen Fall ausgehoben, „wenn der überlebende Ehegatte den Tod des Erblassers verursacht, oder durch gewaltsame Mittel zu klagen verhindert hat." Von diesem Indignitätsfalle ist schon oben (§. 5, S. 58 u. flg.) ausführlich gehandelt. Auf andere Erblasser ab intestato ist die Bestimmung nicht anwendbar, da der Grundsatz: „blutige Hand nimmt kein Erbe[3])," wovon der Fall der Tödtung eines Ehegatten durch den Hinterbliebenen nur eine ganz vereinzelte Anwendung ist, keine Aufnahme im Landrechte gefunden hat.

II. Wer einen Anderen an der Errichtung, an der Aufhebung oder an der Abänderung eines Testaments hindert, wird des Vortheils, welcher ihm dadurch erwachsen könnte, nach R. R. durch

---

27) L. 17, 18 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9); L. 17, §. 2 D. de usuris (XXII, 1).

1) L. 3 D. de his quae ut indignis; L. 10 C. eodem (VI, 35). — L. 4. D. de adim. vel transfer. (XXXIV, 4).

2) L. 7, §. 4 D. de bonis damnatorum (XLVIII, 20).

3) Eisenhart, deutsches Recht in Sprüchwörtern, III, 3, Nr. 20.

Exeption des Fiskus wegen Unwürdigkeit verlustig gemacht[4]). Hat also der Intestaterbe die Errichtung eines Testaments hintertrieben, so tritt der Fiskus an seine Stelle, oder vielmehr, er entreißt ihm die ganze Erbschaft oder nur seinen Theil, je nachdem er Alleinerbe, oder Miterbe ist[5]); ebenso, wenn der in einem vorhandenen Testamente Bedachte die Zurücknahme desselben, oder die Errichtung eines neuen Testaments auf solche Weise verhindert. — Diesen Unwürdigkeitsgrund hat das Landrecht mit folgenden Worten aufgenommen: „Wer einen Anderen an Errichtung seines Testaments erweislich verhindert hat, geht aller Vortheile verlustig, die er vermöge der gesetzlichen Erbfolge, oder eines vorhin errichteten Testaments sonst erhalten hätte[6])." An dessen Stelle treten die übrigen Testaments- oder Intestaterben. Ist der Hindernde ganz unbetheiligt, hat er also keinen Vortheil zu verlieren, so ist kein Exeptionsfall vorhanden; es bleibt bei der bestehenden Erbfolge, an welcher nun durch die Verhinderung des beabsichtigten Testaments alles unverändert geblieben ist. Hier stellt sich die Frage: ob der Hindernde nicht zur Entschädigung derjenigen, welche durch das vereitelte Testament Vortheile erlangt haben würden, gehalten sei. Gemeinrechtliche Rechtslehrer neigen zur Bejahung der Frage, nur bedingen sie, daß es völlig feststehe, wer honorirt werden und wieviel er erhalten sollte, wie z. B. in dem Falle, wenn die Vollziehung einer bereits ausgefertigten Testamentsurkunde gehindert worden ist[7]). Diesen Fall hat das Landrecht aufgenommen: „Wer zur Beförderung seines eigenen Vortheils, oder zur Kränkung der Rechte eines Dritten, die gerichtliche Uebergabe *eines schon gefertigten Testaments* verhindert, muß denen, welche darin bedacht waren, für die entgehenden Vortheile gerecht werden[8])." Das Gleiche gilt gegen den, welcher den Widerruf eines errichteten Testaments hindert: er muß außer dem Verluste der eigenen Vortheile aus dem unwiderrufenen Testamente, welche ihm von den darin berufenen Miterben, eventuell von den Intestaterben, entzogen werden können, diejenigen, zu deren Besten der Widerruf gereicht haben würde, vollständig entschädigen[9]). Das anwendbare

4) L. 1 pr. D. si quis aliquem testari prohib. (XXIX, 6); L. 2 C. eodem (VI, 34).

5) L. 2, §. 1 D. eodem: „Fratris autem factum fratri non nocet."

6) I, 12, §. 605.

7) *Mühlenbruch*, in der Forts. von Glück, Bd. XLIII, S. 481.

8) I, 12, §. 606.

9) Ebenda §. 607.

Rechtsmittel ist nach R. R. die de dolo actio (7); das preuß. Recht hat dafür die allgemeine Entschädigungsklage auf Grund einer unerlaubten Handlung. — Auf Kodizille findet dieser Exeptionsgrund keine Anwendung[10]).

Auf welche Weise die Verhinderung ins Werk gesetzt sein müsse, um als Exeptionsgrund zu wirken, sagt das Landrecht nicht, es heißt: wer erweislich — verhindert hat (6). Physischer Zwang und Drohung von der Art, welche geeignet ist, den Willen des Erblassers nach dessen individueller Gemüthsbeschaffenheit zu bestimmen, sind außer Frage. Der Zweifel betrifft die Arglist, den dolus malus. Das R. R. stellt den Dolus der Gewalt in der in Rede stehenden Beziehung gleich[11]). Die preuß. Praxis hat geschwankt[12]). In neuerer Zeit ist in höchster Instanz der Satz angenommen, daß betrügliche Vorspiegelungen dem Zwange gleichzustellen seien, wie nach R. R., und daß auch der dadurch verhinderte Widerruf des Testaments die daran geknüpften Folgen nach sich ziehe[13]). Diese Gleichstellung des Zwanges und des Betruges findet sich auch in der ähnlichen Bestimmung über die durch Zwang und Betrug bewirkte Errichtung eines Testaments (Nr. IV) und wurzelt in dem allgemeinen Grundsatz des §. 35, I, 3 des A. L.R.

III. Wer ein Testament, oder eine andere letztwillige Disposition, also auch ein Kodizill, verheimlicht, der verliert zum Besten des Substituten, des Testaments- oder Intestaterben alle ihm darin zugedachten Vortheile[14]). Nach preuß. Rechte kann nicht Jemand in die Lage kommen, ein förmlich errichtetes, folglich auch gerichtlich niedergelegtes Testament, in sein Verwahrsam zu bekommen und zu verheimlichen; mit außergerichtlichen Verordnungen kann der Fall vorkommen. Und warum sollte er eine solche Verordnung veräußern, wenn ihm darin Vortheile zugedacht sind, die ihm ja durch die Verheimlichung entgehen, daher man fragen möchte, was er damit bezwecken könne? Da macht die Quelle verständlich. Es ist der Fall gedacht, wo Jemand Erbe ab intestato sein würde und ein Testament hinter sich hat, in welchem der Erblasser einen Fremden zum Erben eingesetzt und seinem Verwandten

10) M. Anm. 84 zu §. 605 u. bes. 86 zu §. 606 a. a. O., vergl. mit §. 608.

11) L. 1, §§. 1 et 2; L 2 pr. et §. 2; L. 3 D. si quis aliquem (XXIX, 6).

12) M. s. die in m. Anm. 85 zu §. 605 a. a. O. angeführten älteren Rechtssprüche.

13) Erk. des Obertr. vom 9. Juni 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 57).

14) I, 12, §. 608.

geringere Vortheile, als ihm die ganze Erbschaft verschaffen würde. Die Alten waren, wenn ein Legatar oder Fideikommissar das Testament verheimlicht hatte und dasselbe nachher zum Vorschein gekommen war, im Zweifel, ob derselbe das ihm darin zugedachte Vermächtniß in Anspruch nehmen könne. Justinian entschied verneinend, damit nicht der, welcher den Erben um die ihm gehörige Erbschaft betrügen wollte, die Frucht seiner Hinterlist genieße; vielmehr sollte der ihm ein solches Vermächtniß entziehen können und es dann für nicht geschrieben gelten [15]).

IV. Ueber die Frage: welche Wirkung es habe, wenn der Erblasser durch Zwang oder Betrug zu einer letztwilligen Verfügung gebracht wurde, sind die Meinungen der Rechtsgelehrten von jeher getheilt gewesen. Zwei Hauptmeinungen stehen sich gegenüber, deren Vertreter jedoch wieder unter sich durch verschiedene Mittelmeinungen von einander abweichen. An geradezu entscheidenden Bestimmungen über die Frage fehlt es im Gemeinen Rechte. Nach der einen Hauptmeinung soll die Verordnung null und nichtig sein; die Anhänger der anderen Meinung halten die Disposition ipso jure für gültig, geben aber dem Fiskus gegen den Vergewaltiger oder Betrüger ein Ereptionsrecht, welches ihm für diesen Fall in den Quellen nirgend beigelegt ist [16]). — Das Landrecht schließt sich zwar der ersten Meinung an, indem es die Anfechtung einer solchen letztwilligen Verordnung zuläßt, worüber das Erforderliche bereits oben, §. 19, besonders unter Nr. II, ausführlich vorgetragen ist. Dasselbe knüpft jedoch daran zugleich ein Ereptionsrecht: „In Fällen, wo ein Testament wegen verübten Zwanges, oder betrüglicher Verleitung für ungültig erklärt werden muß, wird derjenige, welcher einer solchen unerlaubten Handlung sich schuldig gemacht hat, seines gesetzlichen Erbrechts ebenfalls verlustig [17]).“ Würde er Miterbe sein, so accrescirt sein Antheil den übrigen Miterben; würde er Alleinerbe sein, welcher Fall wohl zu den großen Seltenheiten gehören möchte, da dann wohl ein Motiv zur Verübung der unerlaubten Handlung fehlte, so fällt die Intestaterbschaft an den Nächstberufenen.

V. Wer den letzten Willen als verfälscht, als inofficios oder

15) L. 25 C. de legatis (VI, 37).

16) M. s. über diese Frage und die reichhaltige Literatur derselben: **Glück**, Kommentar, Bd. XXXIII, S. 426 u. flg., und **Mühlenbruch**, ebd. Bd. XLIII, S. 485 u. flg.

17) I, 12, §. 609.

durch die Agnition der bonorum possessio erfolglos angefochten, oder eine solche Anfechtung, ohne dazu verpflichtet zu sein, unterstützt hatte, war im R. R. mit der fiskalischen Ereption bedroht[18]). Davon ist im preuß. Rechte nichts weiter übrig, als die clausula privatoria (§. 140, VII).

VI. Justinian hat verordnet[19]), wenn ein Wahnsinniger von seinen Angehörigen ohne Hülfe und Pflege gelassen werde, so solle jeder Fremde, welcher ihn aus Mitleiden verpflegen will, befugt sein, diejenigen, welche als Intestaterben, oder durch ein schon errichtetes Testament des Wahnsinnigen zur Erbschaft berufen sind, schriftlich aufzufordern, die Pflege desselben zu übernehmen; und wenn sie solches zu thun unterlassen, der Fremde aber nun den Geisteskranken in sein Haus aufnimmt und auf seine Kosten bis an den Tod verpflegt hat, den eingesetzten oder gesetzlich berufenen Erben als Unwürdigen die Erbschaft von diesem Fremden soll entzogen werden können. Dieser Ereptionsgrund ist im Landrechte aufgenommen und auf alle Unvermögenden, welche sich nicht ernähren können und von ihren Anverwandten hülflos gelassen sind, erstreckt, namentlich auch auf Kinder, welche von ihren Eltern verlassen sind (Pflegekinder)[20]). Die Erfordernisse zur Begründung der Ereption, wodurch Suarez „die Lieblosigkeit" der Verwandten hier bestraft wissen wollte[21]), sind: 1. Derjenige, welchem die Erbschaft oder sein Erbtheil soll wegen „Lieblosigkeit" entrissen werden können, muß ausdrücklich aufgefordert worden sein, seinen unvermögenden Verwandten zu ernähren[22]). Wer die Aufforderung erlassen solle und in welcher Form, ist nicht gesagt; sie wird also, wie nach R. R., von dem Mitleidigen, welcher die Pflege zu übernehmen beabsichtigt, besonders bei verlassenen Kindern, und auch von dem Hülfsbedürftigen selbst oder dessen Vormund, mit rechtlicher Wirkung ergehen können. Die Schriftform ist nicht vorgeschrieben, daher genügt die mündliche, wie in der Regel bei jeder Mahnung[23]). 2. Er muß sich der Ernährung geweigert haben ([22]); 3. er muß

18) L. 2 pr.; L. 5, §§. 1, 7—19; L. 7, 15, 22 D. quae ut indignis (XXXIV, 9); L. 18, §. 1 D. de bonor. poss. contra tab. (XXXVII, 4); L. 29, §. 1 D. de jure fisci (XLIX, 14); L. 6 C. ad leg. Cornel. (IX, 22).

19) Novelle 115, Kap. 3, §. 12.

20) II, 2, §. 762.

21) M. s. dessen Aeußerung in m. Anm. 10 zu §. 22, II, 3 des A. L.R.

22) Ebenda §. 24. — Vergl. II, 2, §. 762.

23) Der Ges.-Revisor sagt, daß dies auch aus dem Inhalte der Materialien hervorgehe. Pens. XV, Mot. zu Th. II, Tit. 3, S. 266, 267.

sich nicht durch eigenes Unvermögen entschuldigen können [24]); 4. die Ernährung muß eine ganz vollständige sein, sie muß also in ganzer Nahrung, Kleidung, Wohnung mit Erwärmung und der nöthigen Pflege bestehen, wenn auch nicht alles in Natur und in Person von dem Wohlthäter gereicht wird; bloße Almosen und Geschenke, wenn sie auch in gewissen bestimmten Summen und Terminen gegeben worden, begründen das Exceptionsrecht nicht [25]). — Daß der Pflegling auch in der Verpflegung gestorben, d. h. bis an seinen Tod verpflegt worden sei, wird nicht gefordert [26]); vorausgesetzt muß jedoch werden, daß die Verpflegung so lange wie das Bedürfniß dazu, namentlich bei Pflegekindern, gedauert hat. — Unter diesen Voraussetzungen steht das Exceptionsrecht demjenigen oder denjenigen zu, welche sich eines hülflosen Menschen angenommen haben; mehreren, welche sich dazu vereinigt haben, nach Verhältniß ihrer Mitwirkung [27]); den Pflegeeltern eines verlassenen Kindes also wohl zu gleichen Theilen. — Kann den nächsten Verwandten keine „Lieblosigkeit" oder Unwürdigkeit zur Last gelegt werden, weil sie selbst unvermögend waren oder nicht aufgefordert wurden, so können die Wohlthäter die auf die Ernährung des Erblassers verwendeten Kosten von den Erben erstattet verlangen [28]). Ist von mehreren gleich nahen Verwandten nur der Eine oder der Andere unwürdig, so hat der Pfleger nur den Theil seiner Kosten, welcher auf diejenigen, denen ihr Erbtheil nicht entrissen werden kann, nach Verhältniß ihrer Erbtheile fällt, zu fordern, wogegen er für den Theil des Unwürdigen sich mit dem Exceptorium begnügen, oder richtiger daraus wegen des darauf fallenden Theils der Kosten sich selbst befriedigen muß. — Ist Niemand vorhanden, welchem ein Exceptionsrecht zustände, so behalten die Erben selbstverständlich ihr Erbrecht unverkürzt; die bloße Versagung der Unterstützung macht Keinen seines Erbrechts verlustig, man wüßte auch nicht, zu wessen Gunsten dies geschehen sollte; eine derartige Bestimmung findet sich nirgend [29]).

VII. Wenn einer in einem Testamente zum Vormunde bestell-

---

24) II, 3, §. 29; II, 2, §. 762 im Worte „vorsätzlich".

25) II, 3, §§. 24, 27. — Vergl. II, 19, §. 67.

26) Zur Begründung des Erbrechts der Armenanstalten wird es gefordert. II, 19, §§. 50, 67.

27) II, 3, §§. 25, 26.

28) Ebenda §§. 29, 30.

29) Anderer Meinung ist Witte, Intestaterbrecht, §. 3, S. 11, der den Fall als relative Unfähigkeit auffaßt.

ten Person ein Legat ausgesetzt ist und er exkusirt sich, so nimmt das R. R. an, er handele gegen den letzten Willen des Testators, und entzieht ihm das Legat [30]). Auch den Exeptionsfall hat das Landrecht aufgenommen, doch supponirt es die Vermuthung, das Legat sei in Rücksicht der zu übernehmenden Vormundschaft, also gleichsam als Honorar für die vormundschaftliche Mühwaltung ausgesetzt [31]); das Legat bleibt demnach in der Masse. Wie es damit zu halten, wenn er bereits in den Besitz desselben gekommen, ehe er die Vormundschaft ablehnte, wird nicht gesagt, ergiebt sich aber von selbst aus den allgemeinen Grundsätzen über Nichterfüllung eines Modus oder einer Bedingung.

30) L. 5, §. 2 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9); L. 25 i. f. C. de legatis (VI, 37). Vergl. L. 36 pr. D. de excusat. (XXVII, 1).

31) II, 18, §§. 218, 219. — Vergl. oben, §. 5, S. 58.

# Viertes Buch.

# Von den Rechtsmitteln der Erben und von der Erbsonderung.

---

## Erster Abschnitt.

## Von den Mitteln zur Erlangung des Erbschaftsbesitzes.

### I. Wenn sich kein Erbe gleich nach dem Anfall in Besitz setzt.

#### §. 152.

##### 1. Einleitung.

Mit der Erwerbung des Erbschaftsrechts ist noch nicht die physische Herrschaft über die Erbschaft gegeben, dazu ist noch der körperliche Besitz, die Manutenenz der Erbschaftsstücke nothwendig. Um in diese thatsächliche Lage zu kommen, giebt das R. R. dem Erben einige possessorische Rechtsmittel (§. 7, besonders S. 82), und eine dingliche Klage, die Erbschaftsklage (hereditatis petitio). In der Lehre über die Mittel zur Erlangung des Erbschaftsbesitzes steht das preußische Recht auf seinem eigenen Boden und schöpft wenig aus dem Gemeinen Rechte. — Zu unterscheiden sind zwei Hauptfälle. Der eine ist der, wo der präsumtive Erbe unmittelbar nach dem Tode des Erblassers sich in den Nachlaßbesitz gesetzt hat. Hier geschieht von Obrigkeits wegen nichts: wer diesen Erbschaftsbesitzer verdrängen will, muß sich der ordentlichen Rechtsmittel bedienen [1]). Der andere Fall ist der, wo sich Niemand zu dem Nachlasse des Verstorbenen meldet, oder die vermuthlichen nächsten Erben abwesend sind, oder unter ihnen Minderjährige, Wahn- oder Blödsin-

---

1) A. L.R. I, 12, §. 243; I, 17, §§. 160, 165.

nige, oder gerichtlich erklärte Verschwender sich befinden, und der Verstorbene keinen Ehegatten hinterlassen hat, oder auch wenn besondere Zeit- oder andere Umstände es nothwendig machen, mit vorzüglicher Sorgfalt zu verhindern, daß etwas aus dem Nachlasse weggebracht werde. Dann tritt die Thätigkeit des Erbschaftsgerichts von Amtswegen ein: dasselbe muß den Nachlaß versiegeln und andere zur Sicherheit desselben erforderliche Anstalten treffen, baare Gelder, geldwerthe Papiere und Pretiosen in der Regel zum gerichtlichen Deposito nehmen, kurz die ganze Verlassenschaft in seine Gewahrsam nehmen[2]), wenn nicht etwa ein Verbot des Erblassers vorliegt[3]). Der gewöhnliche Verlauf der Dinge ist nun folgender: 1. Der Richter hat das Testament, dessen Vorhandensein ihm aus den Nachlaßpapieren oder sonst bekannt ist, von Amtswegen publiciren zu lassen[4]). 2. Ist zwar bekannt, wer Erbe sei, der Aufenthalt desselben aber nicht ermittelt; so soll nach dreimonatlichem Abwarten der Erbe und dessen nächste Verwandten durch öffentliche Bekanntmachung aufgefordert werden, sich zu melden. Der Zweck dieser Aufforderung ist bloß, die Existenz der Erbschaft und die dem Erben und seiner Familie daran zustehenden Rechte möglichst zur Kenntniß derselben zu bringen, daher denn auch die Art der Veröffentlichung dem Ermessen des Richters überlassen ist[5]). Zugleich soll solchem Erben, wenn er nicht schon bevormundet ist, ein Kurator von der Vormundschaftsbehörde bestellt werden, welcher wegen Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft, und Verwaltung derselben, die den Vormündern überhaupt obliegenden Pflichten zu beobachten hat[6]). 3. Ist gar nicht bekannt, wer Erbe sei, so muß der Richter dem Nachlasse einen Kurator bestellen, dessen Thätigkeit sich eigentlich auf den zur Zeit noch unbekannten Erben bezieht; denn er soll wegen Antretung der Erbschaft und Aufnehmung eines Inventarii die Rechte dieses Erben wahrnehmen und zwar den Nachlaß mit Beobachtung der Rechte und Pflichten eines Vormundes verwalten, doch aber denselben in derjenigen Lage zu erhalten suchen, in welcher er sich bei dem Ableben des Erblassers befand[7]).

---

2) Ebenda I, 9, §§. 460—463. — A. G.O. II, 5, §§. 4, 5; Anh. §. 432.

3) A. G.O. a. a. O. §. 7. — A. L.R. II, 18, §§. 372—375. — Vergl. oben, Einl. No. II, S. 3.

4) A. L.R. I, 9, §. 464; I, 12, §§. 208 flg.

5) Ebenda I, 9, §§. 465—467.

6) Ebenda §§. 468 u. 469; Anh. §. 10. Vergl. oben, §. 146, II, Abs. 2.

7) Ebenda §§. 471—475.

(Oben, §. 10, Nr. I, 2, a, S. 130.) Gelingt ihm die Ausmittelung und Entdeckung des eigentlichen Erben nicht, so werden, nach Verlauf von wenigstens anderen drei Monaten, der unbekannte Erbe und dessen Erben oder nächste Verwandten, nach den Vorschriften der Prozeßordnung, von der Ediktalcitation eines Verschollenen, öffentlich vorgeladen, und wenn sich Niemand meldet, präkludirt [8]); ist jedoch ein überlebender Ehegatte vorhanden, so kann diesem, als nächstem bekannten Erbfolgeberechtigten, auch ohne vorangegangenes Aufgebot, gegen die Versicherung an Eides Statt, daß ihm keine Verwandten des Erblassers bekannt seien, der Nachlaß überlassen, beziehungsweise ausgeliefert werden [9]), ohne daß es einer weiteren Erbeslegitimation bedarf.

## §. 153.

### 2. Von der Legitimation des Erben.

I. Meldet sich Jemand, welcher als Erbe die Auslieferung des in gerichtlicher Gewahrsam befindlichen Nachlasses begehrt, „so muß er dem Richter sein Erbrecht gehörig nachweisen [10]).“ Dieser Nachweis hat nicht den Zweck, rechtskräftig festzustellen, daß der Prätendent wirklich der wahre und nächste Alleinerbe sei; sondern soll nur dem Richter Wahrscheinlichkeit verschaffen, daß er es sei, damit der Richter sich der Gewahrsam überheben könne; der Nachweis, der lediglich in Form einer Verhandlung mit dem s. g. Richter, der hier nur als Verwaltungsbeamter thätig ist, geführt wird, schließt daher, auch wenn ihn der Richter für sich als genügend erkennt und dem Prätendenten darüber eine Bescheinigung (Legitimationsattest) ertheilt, nicht aus, daß ein anderer sich später meldende Prätendent Jenem das Erbrecht streitig mache und die ihm überlieferte Erbschaft abfordere; es ist auch nicht wesentlich erforderlich, daß der Prätendent seine Legitimation stets vor der Erbschaftsbehörde führe, er kann auch seine Erbeseigenschaft als einen Präjudizialpunkt in einem förmlichen, einen anderen Gegenstand betreffenden Rechtsstreite mit einer Privatpartei feststellen lassen, wo denn die Erbschaftsbehörde sich einer weiteren Legitimationsverhandlung überheben kann [11]). Die Sicherheitsvorkehrungen, welche der Erbschaftsbehörde bei der Legitimationsprüfung des Prätendenten

8) Ebenda §§. 476, 477—480.

9) Anhang dazu, §. 11.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 482, 483.

11) Erk. des Obertr. vom 15. Juli 1859 (Entsch. Bd. XLI, S. 75).

vorgeschrieben sind, beziehen sich auf den Fall, wenn der angebliche Erbe sich nicht auf ein förmliches Testament oder einen Erbvertrag [12]), sondern auf die gesetzliche Erbfolge gründet. Hier muß er dasjenige Verhältniß, aus welchem er seinen Erbrechtstitel herleitet, bestimmt angeben und gehörig nachweisen. Besonders hervorgehoben ist die Verwandtschaft mit dem Verstorbenen, von welcher der Grad bestimmt angezeigt und nachgewiesen werden muß [13]). Finden sich dabei solche Bedenken, die nach dem Ermessen der Erbschaftsbehörde nicht füglich im Wege bloß einseitiger Verfügung erledigt werden können, so muß sie ihre Thätigkeit einstellen und der angebliche Erbe hat gegen den schon bestellten oder noch zu bestellenden Verlassenschafts-Kurator die ihm gemachte quaestio status durch eine Präjudizialklage des Personenrechts bei dem kompetenten Gerichte auszutragen [14]). Juristisch erklärbar ist es jedoch nicht, woher der Sequester oder Verlassenschaftskurator ein ad causam legitimirter Gegner des Prätendenten soll sein können, da er weder pro herede noch pro possessore besitzt, sondern für den künftig obsiegenden Prätendenten detinirt und verwaltet. Dieser Streit mit dem Kurator kann dem wahren Erben, wenn er einmal künftig erscheint, nicht präjudiziren, und muß daher als ein provisorisches Rechtsmittel aufgefaßt werden, dessen Gegenstand lediglich die Einweisung in den Besitz ist [15]). Gegen den hieraus hervorgehenden Besitzer kann dann innerhalb der Verjährungsfrist der wahre Erbe mit der hereditatis petitio auftreten [16]).

Ist das angezeigte Verhältniß festgestellt, so muß die Verlassenschaftsbehörde ihre Thätigkeit wieder aufnehmen und prüfen: ob Vermuthungen, daß noch nähere oder gleich nahe Verwandte vorhanden sind, obwalten. Finden sich keine dergleichen Vermuthungen, so muß der angebliche Erbe an Eides Statt versichern, daß ihm keine näheren oder gleich nahen Verwandten des Erblassers bekannt sind; und darauf hin muß ihm der Nachlaß verabfolgt und

---

12) I, 9, §. 493; I, 12, §§. 242 ff.

13) I, 9, §. 484. Ueber die Beweismittel und Beweisführung s. m. meine Anm. 95 dazu.

14) Erk. des Obertr. vom 11. Oktober 1852 (Entsch. Bd. XXIV, S. 23) u. Pr. dess. Nr. 2528, vom 17. Mai 1854 (Entsch. Bd. XXVIII, S. 64). Vergl. Erk. dess. vom 9. Oktober 1854 (Arch. f Rechtsf. Bd. XIII, S. 307) und vom 19. Februar 1855 (ebd. Bd. XVII, S. 32). — Ueber die Präjudizialklagen nach preuß. Recht s. m. meine Anleitung zur preuß. Prozeßpraxis, Th. I, §§. 23—31.

15) Vergl. A. L.R. §. 492 a. a. O.

16) Nach Analogie der Bestimmungen §§. 494 ff. ebd.

ein Erbeslegitimationsattest ausgefertigt werden [16a]). — Finden sich aber solche Vermuthungen, so sollen sie zwischen dem Prätendenten und dem schon bestellten oder noch zu bestellenden Verlassenschaftskurator näher erörtert, zu diesem Zwecke der Nachlaß aufgeboten, nach Bewandtniß der Umstände auch die vermuthlich vorhandenen näheren oder gleich nahen Verwandten namentlich öffentlich vorgeladen, und erst, nachdem die Vermuthungen nach richterlichem Ermessen hinlänglich gehoben worden, der Nachlaß jenem Prätendenten zur freien Verfügung überlassen werden [17]). Melden sich mehrere Erben, welche sich als gleichberufene anerkennen oder ausweisen, so muß ein Jeder jene eidesstattliche Versicherung abgeben [18]).

II. Melden sich mehrere Personen, welche sich einander die Erbschaft ganz oder zum Theil streitig machen; so wird keinem die Erbschaft ausgeliefert, sondern abermals von der Erbschaftsbehörde ein Verlassenschaftskurator bestellt und diesem die Verwaltung der Erbschaft bis zum Austrage des Streits aufgetragen [19]). Dieser Kurator hat eigentlich den Rechtscharakter eines gerichtlichen Sequesters einer streitigen Sache [20]) und steht daher, gleich diesem, unter richterlicher Aufsicht, sowie unter der Aufsicht der Parteien, welche bei allen Verfügungen über die Substanz des Nachlasses und bei Hauptveränderungen in der Administration zugezogen werden müssen [21]). Der Richter soll die Person des Kurators wählen, er kann, nach seinem Ermessen, dazu einen der Prätendenten, oder auch einen Fremden bestimmen, und haftet bei der Auswahl wie bei der Aufsicht für ein mäßiges Versehen [22]). Nach Entscheidung des Streits, oder auch alljährlich im Falle der Langwierigkeit, muß der Kurator den Interessenten Rechnung legen und den Nachlaß an den Sieger oder an die mehreren nun als solche anerkannten Miterben, von welchen jetzt jeder auf Theilung antragen kann, ausantworten [23]). — Das gemeinrechtliche Interdictum quorum bonorum, welches man als ein possessorisches Rechtsmittel, wodurch

---

16a) Ebenda §§. 485, 486. — Hyp.-Ordn. II, §. 72.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 487—492.

18) Ueber die dabei entstehenden Schwierigkeiten s. m. meine Anm. 97 zu §. 486 a. a. O.

19) I, 17, §§. 159, 160.

20) Vergl. I, 12, §. 251; I, 14, §§. 103 u. flg.

21) I, 17, §§. 162, 163. Vergl. I, 14, §. 106 u. Anm. 65 dazu.

22) I, 17, §. 161. Vergl. I, 12, §. 252 u. I, 14, §. 106; I, 7, §. 157; I, 9, §. 491.

23) I, 17, §§. 164, 166.

der Intestaterbe den Erbschaftsbesitz sich provisorisch und auf summarische Bescheinigung seines Anspruchs soll verschaffen können, ansieht, und wobei dann dem Beklagten die Ausführung eines definitiven Rechtsstreits vorbehalten bleibt, — ist dem preußischen Rechte unbekannt. Die einseitige Verhandlung mit der Nachlaßbehörde ist als eine Anwendung des Interdikts nicht anzusehen, weil dort kein Gegner, den jedes Rechtsmittel voraussetzt, auftritt, vielmehr der Richter die Rolle der Gegenpartei übernimmt.

III. Treffen zu einer Zeit, wo noch Niemand im Besitze der Erbschaft sich befindet, mehrere Testamentserben aus verschiedenen Testamenten, miteinander oder auch mit Intestaterben, von welchen Jeder in den Besitz gesetzt zu werden verlangt, zusammen, so muß der Besitz demjenigen eingeräumt werden, welcher in einem förmlichen gerichtlichen Testamente zum Erben eingesetzt ist, wenn auch sein Erbrecht bestritten wird; kommen mehrere dergleichen Testamente zum Vorscheine, so hat der in dem späteren eingesetzte Erbe den Vorzug [24]). Dies ist das, was man im Gemeinen Rechte das Remedium ex lege ultima C. de edicto D. Hadriani tollendo [25]) nennt. In dieser Stelle verordnet Justinian, daß derjenige, welcher dem Richter ein förmliches, in seiner gegenwärtigen Gestalt fehlerfreies Testament vorzeigt, worin er zum Erben ganz oder zu einem Antheile eingesetzt ist, in den Besitz desjenigen Vermögens, welches dem Testator zur Zeit seines Ablebens gehörte, und welches von einem Andern auf rechtliche Weise nicht besessen werden kann, gesetzt werden soll. Dieses in das Landrecht aufgenommene Rechtsmittel ist ein possessorisches, zur Erlangung des Besitzes (adipiscendae possessionis), welches mit den eigentlich sogenannten possessorischen, auf ein Delikt gegründeten, Interdikten auf Erhaltung und Wiedererlangung des gestörten oder ganz entzogenen Besitzes (interdicta retinendae et recuperandae possessionis) keine innere Verwandtschaft hat und daher auch nicht im Possessorium summarissimum, sondern in Form einer gewöhnlichen Klage im ordentlichen Prozesse in Anwendung und zur Geltung gebracht wird. Gehörig durchgeführt wird dadurch ein provisorischer Zustand begründet, welcher entweder mittelst Durchführung der Erbschaftsklage (hereditatis petitio) eines anderen Erbprätendenten verändert werden kann, oder schließlich durch rechtskräftige Abweisung oder Verjährung der Klage definitive Geltung

24) I, 12, §§. 244, 245.
25) L. 3 C. VI, 33.

erhält. — Das Verfahren mit diesem „Remedium" läßt sich nach der heutigen Gerichtsverfassung vor der Erbregulirungsbehörde (II. Gerichtsabtheilung) nicht vollziehen. Wird dem Begehren des Testamentserben um Einweisung in den Besitz von einer anderen Seite nicht widersprochen, so kann diese Behörde dem Antrage allerdings Folge geben und es bedarf keiner richterlichen Entscheidung; es tritt dann der vorhin erwähnte Besitzstand, unbeschadet des nun bevorstehenden Rechtsganges über das Erbrecht selbst, ohne Prozeß ein. Tritt aber ein Gegner mit seinem Widerspruch gegen den Antrag auf, so kann die Erbregulirungsbehörde die missio nicht ertheilen; sie muß ihre Thätigkeit einstellen und die Streitenden vor den Richter (I. Gerichtsabtheilung) verweisen. Hier wird der Streit zu einem ordentlichen Prozeßverfahren eingeleitet. Bescheinigt in diesem Verfahren derjenige, welcher dem testamentarisch eingesetzten Erben das Erbrecht bestreitet, seinen Anspruch einigermaßen, so kann der Richter erkennen, daß die Uebergabe der Erbschaft an den eingesetzten Erben nur nach einem, auf Kosten des künftig unterliegenden Theils, vorher gerichtlich aufgenommenen Inventarium über den Nachlaß, und, wenn ein Arrestschlag wegen Unsicherheit des eingesetzten Erben, nach allgemeinen Grudsätzen über den Realarrest, begründet wird, gegen anderweite gehörige Sicherheitsbestellung erfolge[26]). Uebrigens ist der solchergestalt immittirte Erbschaftsbesitzer denjenigen, welche einzelne Stücke oder Inbegriffe von Sachen aus der Verlassenschaft fordern, namentlich den Legatarien gegenüber, passive legitimirt[27]); der künftig obsiegende Erbschaftsprätendent muß also das, was von dem Besitzer in dieser Richtung bona fide geschehen ist, gelten lassen.

## §. 154.
## II. Wenn sich schon Jemand im Erbschaftsbesitz befindet.

Der zweite Hauptfall (§. 152) ist der, wo ein angeblicher Erbe Jemanden bereits im Besitze des Nachlasses findet oder Einer von mehreren Prätendenten den Nachlaß von Seiten der Erbschaftsbehörde vorläufig ausgeantwortet erhalten hat. (§. 153.) Gegen den, welcher sich solchergestalt in dem ruhigen Besitze befindet, wird ein weiteres possessorisches Rechtsmittel nicht gegeben. Denn so heißt

26) I, 12, §§. 246, 247. M. s. auch m. Anm. 14 zu §. 247 a. a. O. Vergl. §§. 249, 251—253.

27) Ebenda §§. 248, 249.

es: „Wer auf Grund eines Erbrechts, es sei aus einem Testamente, oder vermöge der gesetzlichen Erbfolge, zum Besitze einer Erbschaft redlicher Weise gelangt ist; der muß dabei so lange geschützt werden, bis die Unrichtigkeit seines Besitztitels, und das bessere Recht des Erbschaftsprätendenten ausgemittelt sind [28]." Und weiter: „Hat schon einer der Prätendenten redlicher Weise den Besitz der Erbschaft ergriffen: so muß er darin bis zum Austrage der Sache gelassen werden [29]." Auf das Erforderniß der „redlichen Weise" darf in Beziehung auf die Dauer des Schutzes kein besonderes Gewicht gelegt werden. Denn wenn auch der Besitzer wirklich ein unredlicher wäre, so müßte er doch bis zum Austrage der Sache im Besitze gelassen werden. Die Redlichkeit ist ein negativer Begriff und verneint die positiven Thatsachen, welche den Dolus und die Unredlichkeit darstellen, und eine Negative ist nicht beweisbar, braucht daher auch, nach bekannten prozessualischen Grundsätzen, in der Regel nicht bewiesen zu werden. Zu diesem Ergebniß gelangt man auch nach der längst verkommenen Vermuthungstheorie, die sich in das Landrecht geflüchtet hat und daher in der preußischen Jurisprudenz noch in Ansehen steht. Aus dieser Theorie kommt der Satz: „Die allgemeine Vermuthung streitet für die Redlichkeit des Besitzes", und der Folgesatz: „Von dem Zeitpunkte, da Jemand von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes überführt worden, ist er für einen unredlichen Besitzer zu achten [30]." Die Unredlichkeit muß also dem Besitzer bewiesen werden; denn „jeder Besitzer hat in der Regel die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich [31]."

Der Erbprätendent muß sonach seinen Anspruch gegen den Erbschaftsbesitzer in allen Fällen durch einen definitiven Rechtsstreit (in petitorio) ausführen. Das dafür besonders gegebene eigenthümliche Rechtsmittel des Gemeinen Rechts ist bekanntlich die Erbschaftsklage (hereditatis petitio), auch Erbrechtsklage genannt. Sie ist eine in rem actio [32]) und mit der rei vindicatio verwandt, hat jedoch als jüngere Form mehrere Eigenthümlichkeiten [33]), wohin

28) I, 12, §. 243.

29) I, 17, §. 160.

30) I, 7, §§. 17, 18.

31) Ebenda §§. 179, 180, 187.

32) L. 27, §. 3 D. de rei vind. (VI, 1): „— in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est" . . . — L. 25, §. 18 D. de hered. petit. (V, 3): „Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit" . . . . Vergl. L. 49 D. eodem.

33) Tit. D. de hereditatis petitione (V, 3).

z. B. gehört, daß sie nicht gegen jeden Besitzer, wie die Eigenthumsklage, sondern nur gegen denjenigen, welcher pro herede oder pro possessore (worunter hier derjenige verstanden wird, welcher die bonorum possessio agnoscirt und den Nachlaß als prätorischer Erbe [bonorum possessor] in Besitz genommen hat, verstanden wird) besitzt, angestellt werden kann[34]), wodurch sie auch einige Aehnlichkeit mit den persönlichen Klagen (act. in personam) erhält; ferner, daß die persönlichen Leistungen, die bei allen dinglichen Klagen als Nebensachen (omnis causa) vorkommen können, einen größeren Umfang bei der Erbrechtsklage als bei der Eigenthumsklage zu haben pflegen; sowie, daß die Erbrechtsklage gegen jene Besitzer noch dann stattfinden konnte, nachdem sie bereits alle Erbschaftssachen usukapirt oder veräußert hatten[35]); und endlich, daß sie nicht, wie die Eigenthumsklage, eine bestimmte einzelne Sache, sondern eine Vermögensmasse und damit auch Gegenstände von obligatorischer Natur umfaßt oder zum Gegenstande hat. Von alle dem weiß das Landrecht nichts, ihm ist eine eigenthümliche Erbrechtsklage unbekannt, nur der ganz allgemeine Satz findet sich in dem Titel von der Verfolgung des Eigenthums: „Auch der Eigenthümer eines Rechts kann dieses sein Eigenthum gegen jeden Anmaßer desselben verfolgen[36])", welchen Satz man auch auf das Erbrecht beziehen kann. Außerdem kommen gelegentlich einzelne, wenig unter sich und mit dem Begriff des Erbrechts als Gegenstand der Eigenthumsverfolgung harmonirende Bestimmungen über die Leistungen des unterliegenden Erbschaftsbesitzers an den wahren Erben vor, über welche schon oben in einem anderen Zusammenhange gehandelt worden ist (§. 149). Kurz, der Satz, daß jenes Recht, dessen Eigenthum man gegen jeden Anmaßer desselben mit der Eigenthumsklage verfolgen kann, auch das Erbrecht, d. h. das Gesammtvermögen eines Verstorbenen oder die Erbschaft des Erben, als ein juristisches Ganze aufgefaßt, sein könne, daß also mit dieser Vindikationsklage als einer dinglichen Universalklage der Erbe die Herausgabe nicht nur alles dessen, was dem Verstorbenen gehörte, sondern auch dessen, wofür der Erblasser verantwortlich war und nun auch der Erbe verantwortlich ist, wenngleich er darüber nicht verfügen darf und dem Erblasser auch kein Recht darüber gegen Dritte zustand, wie z. B. über bei ihm de-

34) L. 9, 10, 11 D. eodem. — L. 7 C. eodem (III, 31).

35) L. 20, §. 6 D. eodem. — Gajus, Instit. L. II, §. 57. — Vergl. L. 18, §. 1; L. 4, L. 41 pr. D. eodem.

36) I, 15, §. 3.

ponirte Sachen, fordern kann, — das findet sich nirgend auch nur angedeutet; im Gegentheil, man hat bei jenem Satz ([36]) augenscheinlich an einzelne Rechte auf oder zu einer bestimmten Sache gedacht, indem sogleich hinzugefügt ist: „In wie fern der Besitzer eines Rechts diesen seinen Besitz gegen einen Anderen, der sich eben dasselbe Recht anmaßet, verfolgen könne, ist nach gleichen Regeln, wie bei dem Besitzer körperlicher Sachen, zu beurtheilen. — Der Umfang des Rechts selbst aber, und in wie fern die darunter begriffenen Befugnisse nur gegen gewisse Personen, oder auf gewisse Sachen, und gegen jeden Besitzer derselben ausgeübt werden können, ist nach der Natur und Beschaffenheit des Rechts zu beurtheilen[37])." Und dabei ist auf Titel 2, §. 131 sqq. verwiesen, wo von dem Titel und von der Erwerbungsart dinglicher Rechte gehandelt wird. Also von der Verfolgung einer Erbschaft als einer universitas juris ist gar keine Rede. Daher bieten denn die Erbschaftsprozesse in der Praxis eine klägliche Erscheinung. Das Erbschafts-Judizium zeigt sich niemals als ein Ganzes, es wird zersetzt in einzelne Spezialprozesse, worin über verschiedene Streitpunkte thatsächlicher oder rechtlicher Natur, Präjudizialfragen genannt, die selbst nur Erfordernisse zur Begründung oder Abwehr der Erbrechtsklage darstellen oder betreffen, also in die Entscheidungsgründe und ins Beweisverfahren gehören, oder über Theile der Hauptfrage oder über Nebenfragen verhandelt und entschieden wird, und in welchen die Motive und Ausführungen bisweilen aus ganz fremdartigen Materien, etwa aus der Lehre von der persönlichen Bereicherungsklage des Obligationenrechts (vergl. oben §. 149), herbeigeholt werden. Man hilft sich so gut wie man kann. Das Gemeine Recht ist im Ganzen formell außer Wirksamkeit gesetzt und in dem an dessen Stelle getretenen Landrechte findet man anstatt des bisher bestandenen Instituts der Erbrechtsklage ein leeres Blatt. Dieses Institut sollte ersetzt werden durch die auf dem Bevormundungsprinzip beruhende Erbschaftsregulirung der Staatsbehörde; durch diese Regulirung sollte die ganze Erbschaftsangelegenheit abgehandelt werden und über die dabei entstehenden Streitpunkte sollte die Regulirungsbehörde richterlich entscheiden. Daher das alte wirre Verfahren, in welchem kein regelmäßiges Prozeßverfahren zu erkennen ist. Nachdem die Neuzeit eine Quasi-Trennung der Regulirungsbehörde herbeigeführt hat, paßt weder das schweigende Landrecht noch die gegenwärtige Gerichtsverfassung zur Erledigung der Erb-

---

37) Ebenda §§. 4 u. 5.

streitigkeiten. Nun soll man sich aber die Mühe nicht verdrießen lassen, die Lücke des Landrechts nach den Grundsätzen des bis dahin in Geltung gewesenen Rechts, soweit dieselben sonst mit den allgemeinen Grundsätzen des Landrechts vereinbar sind, auszufüllen. In diesem Sinne habe ich bereits zu wirken gesucht. Um mich daher nicht zu wiederholen, muß ich auf das, was ich über die Erbschaftsklage in meiner Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, Th. I, §. 282 (S. 1186 u. flg.) eingehend ausgeführt habe, und auf die dortigen Beispiele einer Erbschaftsklage und einer Miterbschaftsklage verweisen. Es liegt in der Hand einer wissenschaftlichen Praxis, dem Uebelstande abzuhelfen.

---

## Zweiter Abschnitt.

## Von der Erbsonderung unter Miterben.

A. L.R. Th. I, Tit. 17, §§. 115—168. — A. G.O. Th. I, Tit. 46.

### I. Verhältniß der Miterben zu einander.

### §. 155.

#### 1. Vor der Theilung.

I. Mehrere Erben stehen in der zufälligen Gemeinschaft von Miteigenthümern, jeder von ihnen hat einen ideellen Antheil an der ganzen Erbschaft, an der universitas juris (§. 144), nicht aber auch an jeder einzelnen darin begriffenen Sache. Darin unterscheidet sich die erbschaftliche Gemeinschaft von dem gewöhnlichen Miteigenthum an einer bestimmten Sache, bei diesem kann jeder Miteigenthümer über seinen ideellen Antheil, wie über sein Sondergut, verfügen [1]), ein Miterbe kann dies nur über sein Erbtheil, d. h. über die ihm zustehende Quote der Erbschaft, nicht aber über einen dieser Quote entsprechenden Theil einzelner Erbstücke [2]). Erst durch die Erbtheilung kann unter mehreren Miterben der Einzelne ein freies Verfügungsrecht über einzelne Nachlaßgegenstände oder Theile derselben erlangen; während der bestehenden Gemeinschaft aber steht bezüglich auf einzelne Erbschaftsstücke überhaupt, und auf die Nachlaßgrundstücke insbesondere, ihm daran noch kein, nach Verhältniß seiner Erbquote bestimmter Antheil als sein besonderes Eigenthum

---

1) I, 17, §. 60.

2) Pr. des Obertr. 1084, vom 17. Dezember 1841, und Pl.-Beschl. (Pr. 2682) vom 16. März 1857 (Entsch. Bd. XXXV, S. 352).

zu (²). Das ist ein uraltes schon in den XII. T. gegründetes Prinzip, welches sich jedoch nicht auf Forderungsrechte bezog, weil diese sich nach ihrer Natur, wie solche die Alten aufgefaßt hatten, der Theilung ipso jure entzogen. „Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto [3]). Caeterarum familiae rerum ercto non cito, si volent heredes, erctum faciunto [4]).“ Hiervon sind die Verfasser des Landrechts abgegangen: nach dessen Vorschrift sind auch Forderungen und Schulden gemeinschaftlich und müssen getheilt werden [5]).

II. Aus der zufälligen Gemeinschaft entspringt zugleich eine obligatio quasi ex contractu auf gewisse persönliche Leistungen, welche die Verwaltung gemeinschaftlichen Eigenthums mit sich bringt, namentlich folgt daraus die Verbindlichkeit zur Ausgleichung wegen des Allen gemeinschaftlichen Gewinnes und Verlustes [6]). 1. Vorzugsweise verpflichtet zur Verwahrung und Verwaltung der Erbschaft bis zur Theilung ist keiner der Miterben; kommt hierüber keine Vereinbarung zu Stande, oder ist eine gemeinschaftliche Verwaltung, nach der Natur der Sache, nicht thunlich, so muß eine Administration durch einen Fremden für gemeinschaftliche Rechnung eingerichtet werden [7]). Hat aber ein Miterbe die Erbschaft in Besitz genommen, so ist er gehalten, dieselbe ordnungsmäßig zu verwalten, dabei für ein grobes und mäßiges Versehen aufzukommen, falls er aus Auftrag gehandelt hat, sonst haftet er wie ein Fremder [8]); und darüber gehörige Rechnung zu legen [9]). 2. Die Erben sind einander wechselseitig schuldig, das, was sie mit erbschaftlichen Mitteln erwerben, den Anderen zum Miteigenthum auf Verlangen abzutreten oder mitzutheilen, von selbst (ipso jure) wird das Erworbene nicht gemeinschaftlich. Es entsteht also durch den Erwerb mit gemeinschaftlichen Mitteln den Uebrigen ein Forderungsrecht gegen den Erwerber auf

---

3) Hierauf bezieht sich die L. 6 C. fam. ercisc. (III, 36): „Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem: cum ipso jure in portiones hereditarias ex L. XII. T. divisa sint.“

4) Jac. Godofred., quatuor fontes, Fragm. XII, Tab. V.

5) I, 17, §§. 127 u. 151. Die Rechtfertigungsgründe hat Suarez in seinen Vorträgen über Schlußrevision des A. L.R. angegeben. M. s. meine Anm. 10 zu §. 127.

6) §§. 115, 44, 45 a. a. O. — §§. 3, 4 Inst. de oblig. quae quasi ex contr. (III, 28); L. 25, §. 16 D. de fam. ercisc. (X, 2).

7) I, 17, §§. 37 flg.

8) Ebenda §§. 58 u. 59. Gemeinrechtlich haftet er nur für diligentia quam suis rebus. L. 16, §. 4; L. 25, §. 16 D. eodem.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 160, 165.

Einräumung des Miteigenthums und dieses Forderungsrecht kann unter den Erben selbst, bei der Theilung unmittelbar, ohne vorgängige Abtretung des dinglichen Rechts, zur Erfüllung gebracht werden. Wollen die Miterben dieses nicht, so muß der Erwerber das Verwendete mit gesetzlichen Zinsen sich anrechnen lassen, eventuell zurückgeben [10]). 3. Jeder Miterbe ist seinerseits berechtigt, die zum Besten der Erbschaft aufgewendeten Kosten nebst gesetzlichen Zinsen, von den Uebrigen nach Verhältniß der Anrechte eines Jeden, zu fordern, und zwar gleichfalls mittelst der Theilungsklage [11]), oder, wenn diese schon verbraucht war, nachträglich mit der actio negotiorum gestorum [12]), da die Erbtheilungsklage zur Auseinandersetzung wegen einzelner Gegenstände unanwendbar ist.

## §. 156.

### 2. Nach der Theilung.

Das Verhältniß der Miterben unter einander nach der Theilung hat zwei Beziehungen: auf die Gewährleistung und auf die Schulden.

I. In Ansehung der getheilten Gegenstände sind, wenn darauf nicht Verzicht geleistet ist, die Erben gehalten, sich gegenseitig Gewähr zu leisten, nach den Grundsätzen, welche bei Käufen gelten [13]). Daran ändert der Umstand nichts, daß der Erblasser die Art der Theilung vorgeschrieben hatte; doch sind darüber die Meinungen der Rechtsgelehrten vielfach getheilt und es werden gemeinrechtlich mancherlei Unterscheidungen gemacht [14]). Das Landrecht hat diesen Streit, wie angegeben, entschieden: „Diese Verbindlichkeit der theilenden Miteigenthümer gegen einander wird nicht geändert, wenn gleich der Dritte, welcher ihnen das gemeinschaftliche Eigenthum übertragen hat, wegen einer künftigen Auseinandersetzung gewisse Vorschriften gegeben hat [15]).“ Nur wurde nach einer Meinung die Ausnahme mit einer Sache gemacht, welche dem Ei-

10) Ebenda §§. 55—57. Vergl. Erk. des Obertr. vom 17. März 1864 (Arch. f. Rechtsf. Bd. LII, S. 334). — §. 4 Inst. de offic. jud. (IV, 17); L. 56 D. fam. ercisc. (X, 2); L. 9, 17 C. eodem (III, 36).

11) A. L.R. a. a. O. §§. 44—49. — Vergl. L. 18, §§. 6, 7; L. 44, §. 8; L. 18, §. 3; L. 31 D. eodem.

12) L. 3 C. de negot. gestis (II, 19).

13) A. L.R. a. a. O. §§. 97, 98. — L. 66, §. 3 D. de evict. (XXI, 2); L. 14 C. fam. ercisc. (III, 36); L. 7 C. comm. utr. jud. (III, 38).

14) L. 33 D. fam. ercisc. (X, 2); L. 77, §. 8 D. de leg. III. — Glück, Komment., Bd. XI, S. 107 u. flg.

15) I, 17, §. 99.

nen als ein Prälegat angewiesen worden war[16]. Auch diese Ausnahme hat das Landrecht in seiner verallgemeinernden Weise aufgenommen: „Wenn aber aus dem Inhalte der Verordnung sich ergiebt, daß der Stifter einem Interessenten, von Anfang an, gewisse Theile als sein besonderes Eigenthum habe anweisen wollen: so findet deshalb keine Gewährleistung statt"; und im zweifelhaften Falle soll dieses eher als das erstere vermuthet werden[17]. Noch eine andere Frage findet hierbei ihre Entscheidung. Nach einer der verschiedenen Meinungen sollte zwar bei einer von dem Testator gemachten Theilung die Verbindlichkeit zur Gewährleistung wegfallen, doch der Fall ausgenommen sein, wenn durch die Entwährung Notherben in ihrem Pflichttheile verkürzt werden: in diesem Falle trete von Seiten der übrigen Erben eine Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung ein, sonst auch nicht einmal bei Notherben, weil der Erblasser auch seinen Notherben, außer dem Pflichttheile, eben so wenig, als fremden Personen etwas zu hinterlassen schuldig sei, und sie daher auch zu ungleichen Theilen einsetzen könne[18]. Hieraus ist folgende landrechtliche Bestimmung geschöpft: „Hat der Erblasser selbst die Theilung angelegt, so kann er die von den Miterben für ihre Antheile einander zu leistende Gewähr Einem oder Allen erlassen, doch nicht zum Nachtheile dessen, welchem er nur einen demselben gebührenden Pflichttheil angewiesen hat[19]." Wie bei eingetretenem Eviktionsfalle der Ersatz des Verlustes von den Miterben zu leisten sei und in Folge dessen eine neue Ausgleichung unter ihnen eintreten müsse, habe ich schon an einem anderen Orte gesagt[20].

II. Jeder Erbe kann seinen Miterben gegenüber fordern, daß sämmtliche Schulden und Lasten der Erbschaft vor der Theilung aus der Masse berichtigt werden und nur der Rest getheilt werde. Dadurch wird die Vorschrift erfüllt, daß die Erben unter sich dazu nach Verhältniß ihrer Erbtheile beizutragen schuldig[20a]. Die Erben können aber auch vor Erfüllung ihrer gemeinschaftlichen Verbindlichkeit den Nachlaß und dabei die vorhandenen Schulden und Erbschaftslasten nach Belieben unter sich theilen, entweder so, daß jede Post auf Alle pro rata hereditaria oder auch in einem anderen Ver-

---

16) Overbeck, Meditat., Bd. II, Med. 195; Glück a. a. O. S. 109.

17) §§. 100 u. 101 a. a. O.

18) Voet, Commentar., L. X, tit. 2, §. 1; a Pufendorf, Observat. jur. univ., Tom. III, obs. 204, §. 3 u. A.

19) §. 126 a. a. O. und meine Anm. 9 dazu.

20) M. s. meine Anm. 61 zu §. 97 a. a. O.

20a) §. 128 a. a. O.

hältnisse vertheilt wird, oder so, daß dem Einen diese, dem Anderen jene Post zur Berichtigung zugewiesen wird, oder so, daß der Eine alle Schulden zu tilgen übernimmt und dazu die nöthigen Deckungsmittel angewiesen erhält: eine solche Zutheilung hat unter den Erben volle Wirksamkeit [21]). Allein die Gläubiger und Legatarien sind an Verabredungen, die bloß unter den Erben beliebt worden sind, nicht gebunden, diese Zutheilung ist für sie eine res inter alios gesta und keinem Gläubiger kann wider seinen Willen ein anderer Schuldner aufgezwungen werden, vielmehr hat nach einer solchen Theilung jeder Erbschaftsgläubiger und Legatar die Wahl: ob er sich an die Erben insgesammt, oder an Jeden derselben nach Verhältniß seines Erbtheils, oder an Einen unter ihnen für das Ganze halten wolle [22]); und wenn er sich für eine Ingriffnahme sämmtlicher Erben durch Klagekumulation entscheidet, müssen sie in dem Erbschaftsforum zu Recht stehen [23]); nimmt er die einzelnen Erben Jeden für ihren Theil, oder Einen von ihnen auf das Ganze in Anspruch, muß er Jeden in seinem persönlichen Gerichtsstande belangen [24]). Diese Rechtssätze sind nicht anwendbar auf den Fall, wenn mehrere Erben sich in die Erbschaft getheilt haben und demnächst ein hierbei übergangener Miterbe oder Fideikommissar die Herausgabe seines Antheils fordert: dieser, der ja selbst von den Gläubigern in derselben Weise in Anspruch genommen werden könnte, wenn er nicht durch exceptiones in factum geschützt wäre, muß seine Erbrechtsklage (hereditatis petitio partiaria vel fideicommissaria) gegen Jeden der Miterben, soweit derselbe im Besitze des dem neuen Prätendenten gebührenden Erbtheils ist, in dessen Gerichtsstande durchführen [25]). Dagegen ist die Anwendung dieser Rechtssätze von der Praxis ausgedehnt worden auch auf den Fall, wenn der Gegenstand der vorzeitigen Theilung ein ehelich-gütergemeinschaftliches Vermögen war; der Gläubiger ist in diesem Falle nicht verpflichtet, zuvor allen Interessenten gegenüber in einem Vorprozesse darzuthun, daß es sich um eine gültige gütergemeinschaftliche Schuld handle, ehe er Ei-

---

21) §§. 128, 129 a. a. O. — L. 18, §. 4; L. 20, §§. 3, 5 D. fam. ercisc. (X, 2).

22) §§. 130, 131, 147 a. a. O. und I, 12, §. 292. — Vergl. Erk. des Obertr. vom 13. Mai 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 379). — L. 20, §. 3 D. eodem.

23) §§. 132 u. 108 a. a. O. und m. Anm. 67 a zu §. 108.

24) Ebenda §. 133.

25) M. s. das Erk. des Obertr. über einen solchen Rechtsfall, vom 30. März 1848 (Rechtsfälle, Bd. III, S. 458).

nen auf das Ganze belangen darf: dies ist ein Erforderniß zur Begründung des Anspruchs und muß in eben diesem Judizium erörtert und festgestellt werden [26]). Die Wahl steht dem Erbschaftsgläubiger und Legatar auch dann zu, wenn von der Erbtheilung einzelne Nachlaßgegenstände ausgeschlossen und einer nachträglichen Theilung nach den im Erbrezesse vereinbarten, beziehungsweise nach den von Theilung des Miteigenthums geltenden Grundsätzen vorbehalten wurden; an solche einzelne Gegenstände brauchen sie sich nicht verweisen zu lassen [27]).

Gegen die dargelegten Ansprüche, welche den Erbschaftsgläubigern und Legatarien nach einer solchen vorzeitigen Theilung gegen die einzelnen Miterben unverkürzt bleiben, hat jeder Erbe für sich allein, als ein ihm gebührendes Sonderrecht, folgende Sicherungsmittel:

1. Jeder Miterbe kann aus dem Theilungsvertrage gegen denjenigen, welcher darin die Berichtigung einer Schuld oder eines Legats, ganz oder theilweise übernommen hat, auf Erfüllung seiner Verbindlichkeit, oder auf den Nachweis der Befreiung der Verbindlichkeit der oder des Miterben von ihrer Verbindlichkeit klagen, sobald er sich darin säumig zeigt, Jener braucht nicht auf das Andringen des Gläubigers zu warten [28]). Ist in dem Theilungsrezeß zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit keine Zeit bestimmt, so kann der Richter in seinem Urtheile dazu noch eine Frist bestimmen [29]), was jedoch auf den Kostenpunkt keinen Einfluß haben darf.

2. Jeder Miterbe ist auf seinen Antheil von dem Anderen Sicherstellung für die übernommene Verpflichtung und für seine eventuelle Schadloshaltung wegen dessen, was die Gläubiger von ihm eingezogen haben, zu fordern berechtigt, ohne daß, wie es bei Korrealverpflichtungen aus Verträgen erforderlich ist, Gründe vorhanden zu sein brauchen, welche das künftige Unvermögen des Andern, die Verbindlichkeit aus der Theilung zu erfüllen, wahrscheinlich machen [30]).

Wird nach der Theilung ein Miterbe von einem Gläubiger we-

---

26) Erk. des Obertr. vom 22. Januar 1863 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVIII, S. 152).

27) Erk. des Obertr. vom 16. Juli 1862 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XLVII, S. 16).

28) A. L.R. a. a. O. §. 150. Die Quelle davon ist die L. 23 C. fam. ercisc. (III, 36).

29) A. L.R. a. a. O. §§. 147, 148.

30) Ebenda §. 149. Vergl. Tit. 5, §. 449.

gen einer Erbschaftsschuld in Anspruch genommen, welche ein anderer Miterbe nach dem Theilungsrezeß zu berichtigen verpflichtet ist, so muß der Beklagte diesem seinem schuldnerischen Miterben litem denunziren oder gewärtigen, daß ihm bei der Regreßnahme nachgewiesen wird, daß die Schuld, zu deren Bezahlung er sich hat verurtheilen lassen, bereits getilgt war.

## II. Verhältniß der Miterben zu Dritten.

### §. 157.

#### 1. Vor der Theilung.

I. Wenn und so lange die Vereinigung (Konfusion) der beiden Vermögen, das des Erblassers und das des Erben, gehindert ist und daher die Wirkungen derselben ausgeschlossen bleiben (§§. 145, 148), ist für die Erbschaftsschulden kein persönlicher Schuldner vorhanden; sämmtliche Erbschaftsschulden, für welche die Erben nicht etwa aus einem besonderen Grunde persönlich haften müssen, sind rei obligationes, welche auf der ganzen Erbschaft als einer noch ungetheilten Einheit lasten. Das ist der Grund, warum die Gläubiger, welche ihre Befriedigung suchen, nicht Einzelne von den Miterben in Anspruch nehmen können, sondern sämmtliche Miteigenthümer des belasteten Objekts zusammen belangen müssen; ein Einzelner kann auch nicht für seinen Theil belangt werden, denn er ist selbst nicht für einen Theil, weil überhaupt gar nicht, persönlicher Schuldner, und als Besitzer eines Theils des belasteten Fonds kann er auch nicht auf den entsprechenden Theil der Schuld in Anspruch genommen werden, weil er vor der Theilung keinen bestimmten Theil als sein Sondereigenthum hinter sich hat. Dies ist es, was das Landrecht so ausdrückt: „Zu den die Erbschaft betreffenden Schulden und Lasten sind die Erben gegen die Erbschaftsgläubiger gemeinschaftlich verpflichtet. — Unter sich aber sind sie dazu, nach Verhältniß ihrer Erbtheile beizutragen, verpflichtet [1].“ Der zweite Satz bezieht sich lediglich auf das Verhältniß der Miterben zu einander bei der Theilung und giebt einem Dritten kein Recht, die einzelnen Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile während der Dauer der Gemeinschaft zu belangen; und auch der erste Satz spricht in dem Ausdrucke „gemeinschaftlich verpflichtet“ von keiner persönlichen Verbindlichkeit der Miterben gegen die Erbschaftsgläubiger, er sagt

1) I, 17, §§. 127, 128.

nur, was sich nach der Rechtslage von selbst versteht: wer aus der ungetheilten Erbschaft bezahlt sein will, muß seine Klage gegen sämmtliche Miterben als Mitbesitzer richten [2]). Anders ist das Verhältniß der Erbschaftsgläubiger, welche aus dem Nachlasse keine Befriedigung suchen und sich an die Person eines solchen Erben halten wollen, welcher Erbe ohne Vorbehalt und deshalb persönlicher Schuldner ist (oben, §. 144 und §. 148). Dieser hat nicht das Recht, seinen persönlichen Schuldner an die noch ungetheilte Erbschaft und damit an die Gesammtheit der Miterben zu verweisen, auch wenn darunter Benefizialerben sich befinden; er muß die Schuld bezahlen, mag er etwas oder gar nichts aus der Erbschaft zu hoffen haben; von einer Beschränkung seiner persönlichen Schuld auf den Betrag seiner Erbquote ist nirgend die Rede [3]). Nun sagt ein Präjudiz des Obertribunals: „Vor der Theilung muß der Erbschaftsgläubiger die sämmtlichen Erben, auch wenn sie auf die Rechtswohlthat verzichten, oder sich derselben verlustig gemacht haben, gemeinschaftlich beim Gerichtsstande der Erbschaft belangen, sobald er eine Befriedigung aus dem Nachlasse verlangt; wenn er aber vom Nachlasse abstrahiren und das ihm gleichfalls verhaftete eigene Vermögen der unbedingten Miterben in Anspruch nehmen will, kann er zwar die Erben ohne Vorbehalt auch einzeln vor erfolgter Theilung belangen, jedoch nur auf ihren Erbtheil und in ihrem persönlichen Gerichtsstande [4]).“ In welchem Sinne diese Beschränkung der persönlichen Haftung auf ihren Erbtheil zu verstehen sei, ist unklar. Die Bestimmung lautet wörtlich: „Auf eine höhere Summe, als der erhaltene Erbtheil beträgt, kann kein einzelner Erbe, wenn er die Erbschaft nicht ganz ohne Vorbehalt angetreten hat, für das Ganze belangt werden ([3]).“ Der Gegensatz müßte also lauten: Hat er sie ohne Vorbehalt angetreten, so kann er auf das Ganze belangt werden; und wirklich wird derselbe auch positiv so ausgedrückt: „Wer eine Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen hat, muß für alle daran zu machenden Forderungen haften. Er kann sich mit dem Einwande, daß die Schulden das Aktivvermögen übersteigen, gegen diese Vertretung niemals schützen [5]).“ Durch die Beschränkung wird dem Landrechte das römi-

2) M. s. die in meiner Anm. 11 zu §. 127 angeführten Rechtssprüche des Obertribunals.

3) I, 17, §. 134.

4) Pr. 938, vom 10. Oktober 1840 (Präj.-Samml. I, S. 99.).

5) I, 9, §§. 418, 419.

sche Prinzip, daß nomina ipso jure divisa, untergelegt, welches von den Verfassern mit Bedacht ausdrücklich abgelehnt worden ist, freilich unter der Voraussetzung, daß die Erben Benefizialerben seien und die Gläubiger aus der ungetheilten Erbschaft Befriedigung suchten. Verschiedene Monenten waren der Meinung, es sei besser, man lasse es bei der bisherigen Theorie, nach welcher post divisionem jeder Erbe nur pro rata hereditaria haftet. Suarez erwiderte: „Ich halte aber alle diese Monita nicht für erheblich. Vorauszusetzen ist, daß es die Meinung nicht sei, in irgend einem Falle einen Miterben zur Schuldenbezahlung weiter verpflichten zu wollen, als sein Erbtheil reicht. Dies ist zwar im Texte nicht deutlich gesagt, es versteht sich aber wohl von selbst, da es sonst eine zu auffallende Unbilligkeit enthalten würde, wenn man einem Miterben jedesmal in den Fall setzen würde, mehr, als er wirklich geerbt hat, bezahlen zu müssen. Unter dieser Voraussetzung, welche ausdrücklich beizufügen sein würde, finde ich in der gegenwärtigen Theorie nicht die geringste Härte oder Unbilligkeit. — Ich würde daher bei der Theorie des Textes — stehen bleiben; jedoch unter der ausdrücklichen Bedingung, daß man keinen Miterben weiter, als sein Erbtheil beträgt, vinkuliren wolle; denn will man ihn pure ex propriis zur Zahlung verpflichten, so tritt die Billigkeit auf die Seite des Erben über, der dem Kreditor doch immer nur um deswillen verhaftet ist, weil er einen Theil des zur Befriedigung des Gläubigers bestimmten Nachlasses hinter sich hat, und der für die bloße Unterlassung der Notifikation zu hart gestraft werden würde, wenn er nicht nur alles lucrum hereditarium verlieren, sondern auch noch fremde Schulden aus eigenen Mitteln bezahlen sollte [6]." In Folge dessen ist dann, wie hieraus erhellet, das Prinzip: post divisionem haftet jeder Erbe nur pro rata hereditaria, angenommen worden ([3]). Dieses läßt sich anders nicht durchführen, als daß jeder Gläubiger seine Forderung gegen jeden einzelnen Erben nur pro rata geltend machen kann. Dies wird aber wieder durchkreuzt durch die den Gläubigern gegebene Wahl (§. 156, II), wodurch die Praxis sehr verwickelt wird. Um nun auf den Fall der einzelnen Erben ohne Vorbehalt, von welchem hier eben gesprochen wird, zurückzukommen, so könnte man auf sie das Prinzip der Getheiltheit der Schulden, welches das Obertribunal seiner oben gedachten Beschränkung unterlegt, analogisch anwenden wollen; allein dem tritt die gesetzliche Bestimmung ([3]) ja

6) Motive der Ges.-Revis. Pens. XVI, S. 227 ff. — Vergl. die Schlußvorträge von Suarez, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 55.

geradezu mit den Worten entgegen: „wenn er die Erbschaft nicht ganz ohne Vorbehalt angetreten hat." Wie soll man nun zu Gunsten des vorbehaltlosen Erben das Prinzip der Getheiltheit der Schulden gewinnen, um ihn gegen jene „zu auffallende Unbilligkeit" rechtlich zu schützen? Das liegt einfach vor: dieses Prinzip ist weder formell noch virtuell aufgehoben, es ist daher nach wie vor in Geltung. Denn Alles, was das Landrecht von Gemeinschaftlichkeit der Schulden und von einer Beschränkung der Haftung auf den Erbtheil als Folge und Wirkung der vorher bekannt gemachten Theilung sagt und was die Verfasser darüber zur Rechtfertigung vorbringen, Alles das bezieht sich auf Benefizialerben und auf den Fall, wenn die Gläubiger aus dem „zu ihrer Befriedigung bestimmten Nachlaß" bezahlt zu werden verlangen; der Fall, wo ein Gläubiger aus der Erbschaft nichts fordert, sondern Einen der mit ihrem eigenen Vermögen haftenden Erben in Anspruch nimmt, ist ganz übergangen. Daneben ist im ganzen Landrechte nirgend gesagt, daß mehrere solcher Erben solidarisch Einer für Alle und Alle für Einen zu haften haben, obgleich die Fälle, wo dergleichen solidarische Schuldverhältnisse begründet werden, sehr speziell aufgezählt und behandelt sind; und aus der rechtlichen Natur des Verhältnisses einer zufälligen Gemeinschaft folgt die Solidarität nimmer, diese bringt immer nur Haftung der Gemeinschafter pro rata mit sich.

II. Hinsichtlich der Aktivforderungen besteht der vorhin erörterte Gegensatz zwischen Benefizialerben und unbedingten Erben nicht, hier hat der von dem römischen Rechte abweichende Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Aktivforderungen für die Erben beider Qualität Geltung. So setzt es das Landrecht wie folgt fest: „Auch die zur Erbschaft gehörenden Aktivforderungen können die Erben, so lange sie im Miteigenthum stehen, nur gemeinschaftlich einziehen [7])." Der Grund dieser Vorschrift ist, daß man dem Schuldner, der nur mit einem Manne kontrahirt und nur an Einen das Ganze zu zahlen hatte, nicht anmuthen könne, sich statt dessen mit zehn und mehr Personen einzulassen, und sich der Unbequemlichkeiten und Kosten so vieler Partikularzahlungen zu unterziehen [8]). Der Grund beweist zuviel, denn er beweiset nach logischer Konsequenz, daß man auch die willkührliche Theilung und die Partialcessionen hätte verbieten müssen. Doch es steht damit fest, daß ein einzelner Erbe rechtsgrundsätz-

7) I, 17, §. 151.

8) Suarez, Schlußvorträge, in den Jahrbüchern Bd. XLI, S. 56.

lich zur Einziehung einer gemeinschaftlichen Erbschaftsforderung nicht legitimirt ist, weder auf das Ganze, noch auf Theile, was ja jenem Grunde schnurstraks zuwider sein würde; woraus dann logisch folgt, daß er auch nicht zur Cession berechtigt ist. Aber in der Anwendung dieses Grundsatzes finden sich eine Anzahl mit einander in Widerspruch stehender Rechtssprüche des Obertribunals. Darauf einzugehen ist unfruchtbar und sehr langweilig; solche sind von mir an einem anderen Orte bereits zusammengestellt und gewürdigt[9]). Der Grundsatz ist logisch richtig auch angewendet auf den Fall, wenn eine zur Erbschaft gehörige Aktivforderung einem wieder aus mehreren Theilnehmern bestehenden Erbstrange auf sein Erbtheil angewiesen worden ist[10]), so wie auf den Fall, wenn mehreren Personen zusammen ein Legat ausgesetzt ist: dieses kann kein Einzelner der Legatare, weder zum Theil noch ganz, etwa ad depositum judiciale, von dem Erben einfordern[11]), oder von dem Schuldner, wenn Mehreren zusammen, ungetheilt, eine Forderung vermacht worden ist[12]). Bei Kompensationen findet sich wieder eine prinzipwidrige Abweichung zum Nachtheil der Theilnehmer[13]).

## §. 158.

### 2. Nach der Theilung.

I. In Betreff der Erbschaftsschulden hat die Theilung auf das Verhältniß der Erben ohne Vorbehalt zu den Gläubigern keinen Einfluß, dasselbe ist vor wie nach der Theilung das Gleiche, wie im vorhergehenden Paragraphen unter Nr. I dargethan ist, vorausgesetzt, daß sich die Gläubiger nicht an die Erbschaft halten wollen. Zu Gunsten derjenigen Gläubiger, welche beabsichtigen möchten, sich an die Erbschaft zu halten, ist den Erben zur Pflicht gemacht, die bevorstehende Theilung in Zeiten bekannt zu machen. In Ansehung der unbekannten Gläubiger muß diese Bekanntmachung öffentlich durch dreimalige Einrückung in die Amtsblätter der Bezirksregierung, und wenn der Erblasser ein Kaufmann war, dessen Verkehr sich außerhalb seiner Provinz, worunter man den Appellationsgerichtsbezirk, in welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte,

9) In meiner Anm. 27 zu §. 151 a. a. O.

10) Pr. des Obertr. 945, vom 15. November 1840 (Präj.-Samml. I, S. 99).

11) Pr. des Obertr. 1666, vom 11. Dezember 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 244).

12) Darüber wird jedoch wieder geschwankt. M. s. meine Anm. 27, Abs. 4 zu §. 151 a. a. O.

13) I, 16, §. 308. M. s. mein Recht der Forder. Bd. II, §. 164, II, 6, lit. c, gegen das Ende (2. A. S. 703).

versteht[14]), erstreckte, auch in die Amtsblätter eines anderen Bezirks, in welchem der Erblasser seinen Verkehr hauptsächlich betrieb, oder der dem Auslande, wohin er handelte, am nächsten liegt, geschehen, und muß in ersten Falle drei Monate, im zweiten Falle sechs Monate, von dem Tage der ersten Einrückung an gerechnet, mit der Theilung gewartet werden[15]). Die Verhältnisse der Erben gegen die unbefriedigten Gläubiger gestalten sich nach der Theilung verschieden, je nachdem dieselbe rechtzeitig und vorschriftsmäßig bekannt gemacht worden ist, oder nicht.

1. Ist die Theilung ohne vorherige Bekanntmachung vollzogen, welcher Theilung auch der Fall gleich zu stellen ist, wenn die Erben den Nachlaß ohne ordnungsmäßige Theilung fortbringen oder fortkommen lassen[16]); so haben die Gläubiger die dreifache Wahl, welche schon in einem anderen Zusammenhange oben (§. 156, Nr. II) angezeigt ist, auch ist die in allen Fällen stattfindende Beschränkung der Haftungspflicht der Erben auf den Betrag ihres Erbtheils bereits vorhin (§. 157, Nr. I) einer näheren Erörterung unterzogen. Es bleibt daher hier nur noch die Betrachtung der praktischen Ausführbarkeit dieser kaum fortbildungsfähigen Bestimmungen nachzuholen. Der oberste, von den Verfassern des Landrechts wiederholt bedungene (§. 157, Nr. I) und auch im Landrechte ausgedrückte Grundsatz ist, daß in dem hier besprochenen Falle der nicht vorher angezeigten Theilung kein einzelner Erbe, wenn er die Erbschaft nicht ganz ohne Vorbehalt angetreten hat, nicht auf eine höhere Summe, als der erhaltene Erbtheil beträgt, für das Ganze der Schuld belangt werden kann[17]). Nun hat zwar die Praxis den Ausdruck: „nicht auf eine höhere Summe", so verstanden, daß darunter die Quote zu verstehen, welche dem Einzelnen beschieden, und daß, wenn es auf das Quantum ankomme, Alles, was auf dieselbe gefallen, ohne Rücksicht auf die später eingetretenen Verluste, zusammen zu rechnen sei[18]). Allein es ist ein großer Unterschied, ob ein Miterbe für die Schulden nur nach Verhältniß seiner Erbquote, also nur pro rata (getheilt) zu haften habe (wobei dann der Umstand, daß er als Erbe ohne Vorbehalt auch über die Kräfte seiner Erbquote für die ihm

14) I, 9, §. 622.

15) I, 17, §§. 137—146; V. vom 3. Mai 1804 (N. C.S. Bd. XI, Nr. 16) §. 2.

16) Erk. des Obertr. v. 5. Januar 1835 (Simon's Rechtssprüche. Bd. IV, S. 347).

17) I, 17, §. 134.

18) Erk. des Obertr. vom 4. März 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 238).

zur Last fallende Rate der Schuld aufkommen muß, seine praktische Wirksamkeit, eben nur für diese Rate, zeigt), oder ob er für die ganze Schuld (in solidum) in Anspruch genommen werden könne und dann nur bei der Vollstreckung sagen dürfe: die Summe, welche sein Erbtheil eingebracht hat, sei nun erschöpft. Beide Begriffe: die Getheiltheit der Schuld und die Haftung nur auf die Summe seines Erbtheils, laufen im Landrechte völlig durcheinander. Legen wir nun auseinander, wie dieser oberste Grundsatz bei den drei Alternativen, zwischen welchen den Gläubigern die Wahl gelassen ist, soll zur praktischen Geltung kommen können.

a) Der Gläubiger nimmt die Erben insgesammt auf seine ganze Forderung in Anspruch und erwirkt das Urtheil, daß sämmtliche Erben gemeinschaftlich, soweit die Erbschaft reicht, zu bezahlen schuldig. Es sind aber noch andere Gläubiger da, welche bevorzugt sind, und die Erben sind gehalten, die Erbschaftsgläubiger nur in derjenigen Ordnung zu befriedigen, welche gesetzlich nach Beschaffenheit ihrer Forderungen vorgeschrieben ist[19]). Sie haben dieses auch geltend gemacht und das Urtheil enthält den erforderlichen Vorbehalt: insoweit die Erbtheile der Beklagten nach Befriedigung der genannten bevorzugten Gläubiger hinreicht. Wie soll man sich die Vollstreckung eines solchen Urtheils in der Wirklichkeit denken? Ein gemeinschaftliches Besitzthum ist nicht vorhanden, eine persönliche solidarische Verbindlichkeit der Einzelnen existirt auch nicht, und die Schuld ist auch nicht getheilt, eine gemeinschaftliche Vollstreckung gegen Alle zusammen kann nicht gedacht werden. Darum muß nothwendig nun doch eine Theilung der beizutreibenden Summe unter die Beklagten nach Verhältniß ihrer Erbquoten eintreten. Nun macht aber Jeder, weil er nicht über die Kräfte seines Erbtheils hinaus zu leisten schuldig ist, seine besondere Rechnung. Er weist die Summe nach, die ihm daraus zugeflossen, er rechnet vor, was er daraus schon bezahlt hat und was er zur Befriedigung der noch unbezahlten bevorrechtigten Gläubiger zurückbehalten muß, und zieht das Facit, daß bei ihm für den Kläger nichts mehr vorhanden sei. Selbstverständlich entsteht hieraus mit Jedem ein neuer besonderer Prozeß, wenn der Kläger sich damit nicht zufrieden stellt. Was hilft nun der durchgeführte gemeinschaftliche Prozeß! Nützlicher wäre es gewesen, wenn die Schuld von Anfang als getheilt angesehen und gegen Jeden pro rata hereditaria eingeklagt worden wäre.

---

19) I, 17, §. 135 und I, 9, §. 452.

b) Der Gläubiger hält sich an jeden einzelnen Erben nach Verhältniß des ihm angefallenen Erbtheils, also er nimmt an, die Schuld sei getheilt. Dann nimmt die Sache von Anfang den Verlauf wie in dem vorigen Falle nach rechtskräftiger Entscheidung des Hauptprozesses erst in der Exekutionsinstanz.

c) Der Gläubiger nimmt Einen von den Miterben auf das Ganze in Anspruch. Hier wird der Beklagte als persönlicher Solidarschuldner fingirt, er ist es aber nicht, vielmehr haftet er nur als Besitzer dessen, was er aus der Erbschaft erhalten hat, also nicht auf eine höhere Summe, als sein Erbtheil ausgegeben hat, und zwar auch nur auf den zur Bezahlung von bevorzugten und mit dem Kläger gleichberechtigten Gläubigern noch nicht verwendeten oder auf noch bevorstehende Zahlungen an Bevorzugte nicht mehr erforderlichen Ueberrest. Soweit das Ganze jene Summe oder diesen Ueberrest übersteigt, muß der Kläger abgewiesen werden[19a]), er darf sich dann wegen des nicht empfangenen Theils an die übrigen Miterben halten[20]); nicht auch wegen der sich hier durch die Pluspetition zugezogenen Prozeßkosten. — Der auf das Ganze Belangte kann auf solche Weise dazu kommen, daß die Summe, welche er dem Kläger zu zahlen verurtheilt wird und demgemäß leistet, mehr beträgt als seine verhältnißmäßige Rate von der ganzen Schuld. Dieses Mehr darf er von den Miterben erstattet verlangen, er wird aber wohlthun, denselben auf solchen Fall litem zu denunziren, da sie Einwendungen haben können. Reicht der Ueberrest auf die Forderung des Ganzen nicht aus, und macht der Kläger geltend, daß der Belangte Erbe ohne Vorbehalt sei, so liegt der Fall vor, wo er sich an seine Person und an sein eigenes Vermögen halten will, und nun ist der Belangte nur pro rata hereditaria, also für seinen Theil der Forderung gehalten, braucht mithin nur für diesen über die Kräfte seiner Quote aufzukommen, keineswegs als Solidarschuldner (§. 157, Nr. I); die Schuld ist in diesem Falle getheilt.

2. Erfolgt die Theilung nach gehöriger Bekanntmachung und Verlauf der Frist, so sind damit die noch unbezahlten Schulden getheilt und jeder Erbe kann nur auf seinen Antheil an jeder Post belangt werden[21]).

---

19a) I, 9, §§. 453, 454. — Erk. des Obertr. vom 16. September 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 186) u. vom 15. November 1864 (ebd. Bd. LIV, S. 358, wiederholt abgedruckt Bd. LVII, S. 88). Vergl. oben, §. 147.

20) I, 17, §. 136.

21) Ebenda §§. 137, 141, 142.

II. Das Landrecht hat den, vom R. R. abweichenden Grundsatz auch für Aktivforderungen angenommen und festgestellt: „auch nomina activa sind nicht mehr ipso jure divisa[22].“ Deshalb muß jeder Erbe, welcher nach der Theilung als Alleingläubiger eine Forderung ganz, oder als Partialgläubiger zum Theil einziehen will, sich dazu durch Cession oder Ueberweisung seitens der Miterben ausweisen[23]. Man erwog jedoch, daß aus der Ungetheiltheit „gar zu viel Weitläuftigkeiten bei der Legitimation entstehen“, und einigte sich zur Erleichterung der Legitimationsführung über die Sätze: „Sobald die Erbschaft getheilt ist, kann ich an den zahlen, der das Instrument produzirt. Ist kein Instrument vorhanden, so muß ich an sämmtliche Erben oder ad depositum zahlen.“ Hiergegen wurde erinnert, es sei äußerst bedenklich, daß der bloße Besitz des Instruments einen Einzelnen zur Erhebung des Ganzen hinlänglich legitimiren solle. Ein Erbe könne ja auf mancherlei Art zum Besitze des Instruments gelangt sein, ohne daß just die ganze Forderung auf ihn übertragen worden; er könne also durch die Einziehung des Ganzen seinen Miterben sehr präjudiziren. Wenigstens müsse bei eingetragenen Posten auf die Legitimation gesehen werden. Suarez meinte jedoch: „Werden die Miterben dadurch verkürzt, so ist solches bloß ihre eigene Schuld. Denn da sie sich doch um die Erbschaftsaktiva bekümmern müssen, so sind sie doch in imputabili negligentia, wenn sie Einem von ihnen, der zur Einziehung des Ganzen nicht befugt, das Instrument in Händen lassen, ohne den Debitor zu warnen. Die großen Schwierigkeiten und Weitläuftigkeiten, welche besonders bei dem Hypothekenwesen daraus entstehen, daß man nach — Jahren, der bisherigen Theorie gemäß, noch Nachweisungen fordert, daß der Erbe, welcher das Instrument quittirt und in die Löschung konsentirt hat, alleiniger Erbe gewesen, und ihm die Post bei der Theilung zugefallen sei, machen es nothwendig, die Sache zu erleichtern, und den Debitor durch die Sorglosigkeit der Erben nicht in Verlegenheit und Kosten zu setzen ([22]).“ Auf diesen Ansichten beruhet die Bestimmung: Nach getheilter Erbschaft kann der Schuldner an denjenigen Erben sicher zahlen, welcher sich im Besitze des über die Forderung sprechenden Instruments befindet. Wollen

---

22) Suarez, Revis. monitor. (Anm. 28 zu §. 152).

23) Bei der römischen Theilungsklage sprach der Richter die Ueberweisung aus, wenn Einer und der Andere eine Forderung ganz erhalten sollte, „quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet.“ L. 3 D. fam. ercisc. (X, 2).

die Erben verhindern, daß der Besitzer des Instruments das Ganze für sich einziehe: so müssen sie dieses dem Schuldner gerichtlich bekannt machen, und wenn die Post in das Hypothekenbuch eingetragen ist, auch ihre Protestation daselbst vermerken lassen[24]). Die Praxis hat denn auch angenommen, daß nach getheilter Erbschaft der Schuldner an denjenigen Erben, welcher sich im Besitze der, über eine Nachlaßforderung sprechenden Schuldurkunde befindet, sicher zahlen kann, wenngleich von demselben keine Cession oder Ueberweisung seitens der übrigen Miterben vorgelegt wird[25]). Doch wird dabei der Nachweis der wirklich erfolgten Theilung verlangt werden können, da diese aus dem bloßen Besitze des Instruments nicht zu erkennen ist. — Nach dem Wortlaute und den Erwägungen der Verfasser bezieht sich die Bestimmung nur auf den Fall der Einziehung der Forderung, nicht auch auf andere Verfügungen darüber, wodurch die Post weiter in Umlauf gesetzt wird, namentlich nicht auf Verpfändungen und Cessionen; gegen dergleichen Verfügungen würden auch die den übrigen Miterben an die Hand gegebenen Maßnahmen keinen Schutz gewähren, da der Schuldner dabei nicht zugezogen zu werden braucht. Die Praxis hat die Beschränkung der Bestimmung auf den Fall der Zahlung im Prinzip auch anerkannt[26]). Wie hierbei nun das Recht des Hypothekenschuldners, die bezahlte Post ungelöscht stehen zu lassen und weiter zu cediren, bestehen soll, das ist die Frage; er wird, wenn er das Instrument wieder in Umlauf setzen will, doch wohl für eine vollständige urkundliche Legitimation sorgen müssen, die zur Löschung nicht nöthig gewesen wäre.

Ist über die Schuld kein besonderes Instrument vorhanden, so kann der Schuldner nur an denjenigen Miterben zahlen, welcher ihm eine Ueberweisung seitens der übrigen Miterben aus der Theilung vorlegt; kann eine solche Anweisung nicht beigebracht werden, so ist der Schuldner berechtigt zu verlangen, daß sämmtliche Erben einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten zur Einziehung der Schuld bestellen; können oder wollen sie das nicht, oder zweifelt der Schuld-

24) I, 17, §§. 152, 153.

25) Pr. des Obertr. 692, vom 18. Mai 1839 (Entsch. Bd. IV, S. 325); Erk. vom 12. Dezember 1856 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 147). — In einem Erk. vom 1. Dezember 1856 sagt das Obertr. wieder: Der Erbschaftsschuldner könne auch nach getheilter Erbschaft von dem im Besitze der Schuldurkunde sich befindenden einzelnen Miterben verlangen, daß er behufs Nachweises seiner Legitimation als nunmehriger alleiniger Gläubiger den Uebergang des Eigenthums darlege. (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXIII, S. 103.) Das ist das Gegentheil von dem, was das Landrecht sagt und die Verfasser wollten.

26) Erk. des Obertr. vom 6. Januar 1856 (Entsch. Bd. XXIV, S. 421).

ner, daß die beigebrachte Vollmacht von sämmtlichen Erben ausgestellt sei: so kann der Schuldner am Zahlungsorte auf Kosten der Gläubiger deponiren[27]).

## III. Auseinandersetzung.

### §. 159.

#### 1. Theilungsgrundsätze.

Hat der Erblasser keine Theilungsvorschriften gegeben, welchen vor Allem nachgegangen werden muß[1]), so nimmt die Theilung nach der Vereinbarung der Erben ihren Verlauf; findet keine Uebereinkunft statt, so tritt gerichtliche Theilung ein, wobei der Richter nach folgenden Grundsätzen zu verfahren hat.

I. Bevor zur Theilung geschritten wird, muß der Betrag der Erbschaft ausgemittelt und festgestellt werden. Dies nennt man Ausmittelung oder Konstituirung der Erbschaftsmasse[2]). Dazu ist erforderlich:

1. die Herbeiziehung alles dessen, was zur Masse gehört, namentlich: a) die Ausmittelung und Herbeischaffung desjenigen, was einzelne Miterben oder Fremde hinter sich haben, zu welchem Zwecke das Inventarium, beziehungsweise Spezial-Spezifikationen, Administrationsrechnungen und dergl. eingefordert werden und eventuell der Manifestationseid verlangt wird[3]); b) die Feststellung dessen, was jeder von dem Erblasser bereits erhalten und zu konferiren verpflichtet ist, wenn nämlich die Miterben Descendenten des Verstorbenen sind. Zu diesem Zwecke wird Jedem ein akkurates Verzeichniß der Conferendorum (oben, §. 102) einzureichen anbefohlen, welches gleichfalls auf Erfordern eidlich bekräftigt werden muß[4]).

2. Die Absonderung alles dessen, was nicht zur Erbmasse gehört, namentlich: a) Lehen und Fideikommisse sowie die Gegenstände der gesetzlichen Singularsuccessionen (oben, §. 95 und §§. 113—115); b) das eigenthümliche Vermögen des überlebenden Ehegatten oder eines anderen Miterben[5]); c) der Erbschatz[6]); d) die Schulden[7]);

27) I, 17, §§. 154—158. Vergl. I, 16, §§. 214, 216.

1) I, 17, §§. 118—123. — L. 10, L. 21 C. fam. ercisc. (III, 36).

2) A. G.O. I, 46, §. 12.

3) Ebenda §. 10. — L. 3 C. fam. ercisc. (III, 36).

4) A. G.O. a. a. O. §. 10 a. E. und I, 22, §. 29, Nr. 10. — L. 20 pr. D. eodem; L. 12, L. 16—19 C. de collat. (VI, 20).

5) A. L.R. II, 1, §§. 543—617. — L. 25 §§. 7, 8, D. fam. ercisc. (X, 2).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 540—542.

7) Ebenda §§. 618—620; I, 17, §§. 127—130.

e) Legate und Prälegate und was die Miterben als solche etwa von einander zu fordern haben, wie z. B. die zur immerwährenden Fortsetzung einer Fabrikanstalt gegebenen Fonds, welche niemals zur Theilung kommen, sondern demjenigen Erben zufallen, welcher die Fortsetzung der Fabrik übernimmt[8]); f) Sachen, welche aus polizeilichen Gründen nicht im gemeinen Verkehr sein dürfen, z. B. Gifte, verbotene Bücher ꝛc.: dergleichen Dinge müssen vertilgt werden[9]); ferner: Pläne und Risse von Festungen, Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere Formen, welche zur Anfertigung von Metall- oder Papiergeld und öffentlichen Werthpapieren, oder von Stempelpapier u. s. w. dienen können: solche Dinge müssen an die Staatsbehörde abgeliefert werden[10]); endlich Konfiskate, welche dem Fiskus auszuliefern sind (oben, §. 8, Nr. 7, b, S. 120); g) verliehene Ordens- und Ehrenzeichen, welche in der Regel an die General-Ordenskommission zurückzugeben sind (§. 8, Nr. 9, S. 125); h) Freimaurer-Logen-Zeichen und Bekleidung, welche an die Loge des Erblassers auszuliefern sind.

II. Rechtlich untheilbare Gegenstände bleiben ungetheilt und werden auch nicht zur Theilung angeschlagen. Dahin gehören namentlich:

1. Urkunden und Schriften, die weder ein zum Nachlasse gehöriges Grundstück betreffen, noch ein in die Theilung kommendes Recht begründen, noch an sich einen nach Gelde zu bestimmenden Werth haben. Daß davon jeder Erbe Abschrift nehmen darf und zu allen Zeiten Vorlegung zur Einsicht verlangen kann, ist unstreitig[11]). Die Frage betrifft die Aufbewahrung der Originale. Das R. R. schreibt vor, daß die Originale bei demjenigen, welcher zum größten Theile Erbe ist, niederzulegen seien; wenn aber Alle zu gleichen Theilen Erben sind, und sie sich nicht einigen, dieselben über den Besitz solcher Urkunden loosen sollen[12]). Diese Vorschrift hat das A. L.R. aufgenommen[13]). In dem Falle, daß die uneinigen Erben auch das Loos nicht anwenden wollen, soll der Richter, wie das R. R. bestimmt[14]), entscheiden, bei wem die Urkunden auf-

---

8) Anh. z. A. G.O. (I, 46, §. 12) §. 305, aus dem R. vom 12. Januar 1805 (Rabe, Samml., Bd. VIII, S. 235).

9) L. 4, §. 1 D. fam. ercisc. (X, 2).

10) Str.G.B. §. 340; A. L.R. II, 20, §. 229.

11) L. 8 pr.; L. 4, §. 3 D. eodem.

12) L. 4, §. 3; L. 5 D. eodem.

13) I, 17, §§. 124, 125.

14) L. 5 C. communia utriusque jud. (III, 38). Worauf der Richter dabei sehen soll, schreibt die L. 6 D. de fide instrum. (XXII, 4) vor.

bewahrt werden sollen. Das Landrecht übergeht diesen Fall; es ist jedoch kein anderer Ausweg, als der Richterspruch, denn auch die gerichtliche Niederlegung macht einen solchen erforderlich und falls Alle ablehnend sich erklären und über die gerichtliche Niederlegung einig sein sollten, fragt es sich: ob die Staatsbehörde gehalten wäre, sich eine solche Last aufbürden zu lassen, bloß wegen der Bequemlichkeit der Privateigenthümer. — Die Urkunden, welche ein Nachlaßgrundstück oder ein in die Theilung kommendes Recht betreffen, fallen von selbst demjenigen zu, welcher das Gut oder Recht aus der Theilung erhält; theilen sich mehrere darin, so muß nach Analogie der gedachten Vorschrift ([13]) verfahren werden.

2. Erb- und Familienbegräbnisse. Darüber ist schon oben (§. 6, Nr. 1, S. 64—70) gehandelt.

3. Erbliche Kirchstellen 2c., worüber das Erforderliche gleichfalls schon gesagt ist (§. 6, Nr. 2, S. 71 ff.).

4. Das erbliche Personalpatronat. Darüber ist das oben (§. 6, Nr. 3. S. 74) Gesagte nachzulesen.

III. Einzelne Sachen, welche in Natur nicht getheilt werden können[15]), und in Ansehung deren wegen Ueberlassung an einen der Theilnehmer, oder an einen Dritten, keine Vereinigung unter den Interessenten erreicht wird, werden öffentlich verkauft[16]). Ist die Sache ein Grundstück, so wird dabei nach den Vorschriften über nothwendige Subhastationen verfahren[17]). Ist die Veräußerung an einen Fremden verboten oder sind die Interessenten darüber einig, die Sache nicht an einen Fremden zu verkaufen, so wird dieselbe unter ihnen selbst versteigert. Dabei soll derjenige, welcher auf die Theilung dringt, den Zuschlag an sich selbst, wenn auch sonst seine Stimme das Uebergewicht macht, doch nicht verlangen können, wenn er nicht wenigstens den vollen Betrag einer, mit Zuziehung sämmtlicher Interessenten nach Vorschrift der Prozeßordnung aufgenommenen, Taxe geboten hat, damit ein präpotenter Theilhaber die Sache den übrigen nicht für einen zu niedrigen Preis abzudringen vermöge[18]). Wie die Sache zum Austrag kommen soll, wenn er nicht so viel geben will und auch kein Anderer ein gleich hohes Ge-

---

15) Vergl. A. L.R. I, 2, §. 41.

16) I, 17, §. 90. — L. 3 C. communi dividundo (III, 37).

17) V. II vom 4. März 1834, §. 2. Die §§. 91—93 des A. L.R. d. T. kommen in diesem Falle nicht mehr zur Anwendung. Pr. des Obertr. 1022, vom 11. Juni 1841 (Präj.-Samml. I, S. 390).

18) A. L.R. I, 17, §§. 94, 95. — Suarez, rev. monit., Jahrb. Bd. LII, S. 23.

bot thut, ist nicht gesagt. Dann wird wohl die Mehrheit der Uebrigen genügen müssen, ihm den Zuschlag zu ertheilen; wenn dieselbe gegen ihn ist, muß die Theilung vertagt werden. — Haben Mehrere ein gleiches Gebot gethan und will Keiner den Anderen überbieten, so will man gemeinrechtlich demjenigen von ihnen, dessen Antheil der größere ist, den Vorzug geben [19]; wenn aber Beider Antheile gleich groß sind, das Loos entscheiden lassen [20]. Nicht so das Landrecht: hiernach soll die Erklärung der Uebrigen unter den Gleichbietenden entscheiden; wenn aber außer diesen keine Theilnehmer mehr vorhanden sind, oder die Uebrigen wegen der Entscheidung sich nicht einigen können oder wollen, so soll derjenige, welcher das gleiche Gebot zuerst abgegeben hat, den Vorzug haben; mehrere zugleich Bietende müssen weiter bieten, wenn die Uebrigen nicht einstimmig wählen wollen, oder es muß Einer zurücktreten, oder die Sache muß vertagt werden, bis man sich einigt oder ein Uebergebot erfolgt [21].

IV. Was seiner Natur nach theilbar ist und durch die Theilung seinen Werth nicht verliert, muß in Natur getheilt werden. Kann man sich wegen Zuschlagung der einzelnen Theile nicht vereinigen, so entscheidet das Loos; wird man auch über die Würdigung und Legung der Theile nicht einig, so kann jeder Theilhaber auf den öffentlichen Verkauf antragen [22], insofern nicht der eine oder der andere Gegenstand, z. B. ein Grundstück, von dem Testator einem der Erben zum Eigenthum überwiesen worden ist: ein solcher Gegenstand muß nach einer Taxe zur Anrechnung kommen [23], wenn nicht etwa ein Prälegat in der Anordnung enthalten ist.

## §. 160.

### 2. Verfahren.

I. Das Theilungsverfahren kann zwar jeder Erbe, dessen Antheil nicht in sich selbst, sondern nur im Verhältnisse gegen das Ganze bestimmt ist, in Antrag bringen [1], weil es ein Judicium duplex ist, bei welchem jeder Theilnehmer die Parteirolle des Klägers und auch des Beklagten hat, und daher in der Regel nicht

---

19) Nach Analogie der L. 34, §. 2 C. de donationibus (VIII, 54).

20) L. 3 C. communia de legatis (VI, 43).

21) A. L.R. a. a. O. §. 96 u. meine Anm. 59 dazu.

22) Ebenda §§. 87—89.

23) Erk. des Obertr. vom 3. Januar 1852 (Entsch. Bd. XXII, S. 243).

1) A. L.R. I, 17, §. 117.

mit einem negativen Urtheile auf Abweisung des Petenten enden kann. Aber diese Regel hat Ausnahmen in der Art, daß eine definitive Abweisung erfolgen kann in dem Falle, wenn der Petent nicht als ein Miterbe sich zu legitimiren vermag; und eine Abweisung zur Zeit kann auf den Widerspruch eines einzigen Miterben eintreten in folgenden Fällen:

1. Wenn der Erblasser die Aussetzung der Theilung bis zum Ablaufe einer gewissen Zeit, oder bis zum Eintritte einer gewissen Begebenheit vorgeschrieben hat, — bis zum Ablaufe der Zeit, oder bis dahin, wo die Begebenheit eingetreten oder es entschieden ist, daß sie niemals eintreten wird; ein Verbot, daß niemals getheilt werden solle, hat, mit Ausnahme der Anordnung, daß einzelne Nachlaßstücke fortwährend in Gemeinschaft unter den Erben bleiben sollen, keine Wirkung, und für einen Pflichttheilserben, der nicht mehr als den ihm gebührenden Pflichttheil erhalten soll, hat die ganze Vorschrift keine Wirkung [2]).

2. Wenn die Frage: wem eine Erbschaft angefallen oder mit angefallen sei, davon abhängt: ob eine bei dem Tode des Erblassers vorhandene Leibesfrucht lebendig zur Welt kommen werde, — bis dahin, wo dieser Erfolg eingetreten ist [3]).

3. Wenn das Erbrecht, oder die Erbantheile streitig sind, — bis dahin, wo der Streit völlig entschieden ist. Doch kann in diesem Falle eine vorläufige oder eine stückweise Theilung stattfinden, insoweit den noch schwebenden Streitpunkten in keiner Beziehung präjudizirt und keinem Prätendenten Nachtheil zugefügt wird [4]).

4. Wenn noch unbefriedigte Erbschaftsgläubiger oder Legatarien vorhanden sind, — bis dahin, wo die Schuldenangelegenheit gehörig regulirt [5]) oder die vorgeschriebene Frist nach Einhändigung oder Bekanntmachung der Aufforderung an die sich noch nicht gemeldet habenden Gläubiger, sich zu melden, abgelaufen ist [6]).

II. Die Theilung wird mittelst der Erbtheilungsklage (judicium familiae erciscundae) durchgeführt. Dieses Rechtsmittel ist die Klage, welche ein Miterbe gegen andere Miterben, die sich wechselseitig als solche anerkennen, darauf anstellt, daß die Erb-

---

2) Ebenda §§. 118—122 u. meine Anm. dazu.

3) Ebenda I, 9, §. 371. Vergl. m. Anm. dazu.

4) Ebenda I, 17, §§. 166 u. 167. — A. G.O. I, 46, §§. 3 u. 8.

5) Ebenda §§. 131—135; Konk.-Ordnung §§. 342 flg.

6) Ebenda §§. 137 u. flg.

schaft, welche bisher unter ihnen gemeinschaftlich war, getheilt werde. Sie ist eine actio universalis und setzt daher voraus, daß die Erbschaft als ein Ganzes noch im gemeinschaftlichen Eigenthume stehe; fällt also weg, wenn schon getheilt ist [6a]); sie kann folglich nur einmal gebraucht werden und wenn hiernächst noch einzelne Stücke, welche bei der Theilung unberücksichtigt blieben, zum Vorschein kommen, so können sie nur mit der gewöhnlichen Gemeinheitstheilungsklage (actio communi dividundo) zur Theilung gebracht werden [7]). Der Fall macht „causa cognita" eine Ausnahme, wenn ein Miterbe bei der Theilung ganz übergangen wurde: dieser kann gegen diejenigen, welche sich im Besitze der unter ihnen getheilten Erbschaft befinden, mit der Erbtheilungsklage verfahren, weil für ihn das Ganze noch ungetheilt ist [8]). Daraus folgt jedoch nicht, daß der Kläger sämmtliche Operationen des vorigen Erbregulirungsverfahrens mit sämmtlichen Erben von Neuem wiederholen müsse, er kann, wenn er will, deren Handlungen, die sie selbst ja nicht anfechten können, bestehen lassen und darauf hin seinen von ihm berechneten Antheil von Jedem fordern [9]). Dies ist eben eine Anwendung der Erbtheilungsklage selbst. — Wer die Erbtheilungsklage anbringen will, muß handlungs- und verfügungsfähig sein; weil die Theilung eine Veräußerung und eine Erwerbung zugleich enthält, eine Veräußerung insofern, als jeder Miterbe sein Miteigenthum an dem Ganzen aufläßt, und eine Erwerbung insofern, als er dagegen einen bestimmten Theil oder ein bestimmtes Stück oder Quantum dadurch, daß ihm ausschließlich die Uebrigen dasselbe auflassen, als Alleineigenthum behält. Daher können unselbstständige Personen, namentlich alle Bevormundete, nicht für sich allein auf Theilung antragen [10]). Das Landrecht drückt dies so aus: „Soweit Jemand gültige Veräußerungsverträge zu schließen fähig ist, kann er auch auf Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums antragen [11]). Der Vormund eines handlungsunfähigen Miterben muß zur Anstellung der Klage auf Theilung, auch nach preußischem

---

6a) L. 9 C. communia utriusque jud. (III, 38).

7) L. 20, §. 4 D. fam. ercisc. (X, 2): „Familiae erciscundae judicium amplius quam semel, agi non potest, nisi causa cognita. Quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest." Vergl. das Erk. des Obertr. vom 15. Juli 1859 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XXXIV, S. 199).

8) L. 17 C. eodem (III, 36); L. 44, §. 2 D. eodem.

9) Erk. des Obertr. vom 30. April 1858 (Entsch. Bd. XXXIX, S. 110 ff.).

10) L. 7 pr. D. de rebus eor. qui sub tut. sunt (XXVII, 9).

11) I, 17, §. 82.

Rechte, die obervormundschaftliche Genehmigung beibringen[12]); wogegen es zur Einlassung auf die Provokation eines Verfügungsfähigen keines obrigkeitlichen Dekrets für den Vormund bedarf, weil die Einlassung rechtlich nothwendig ist[13]). — Uebrigens darf ich, um mich nicht zu wiederholen, über die einzelnen Erfordernisse zur Begründung der Erbtheilungsklage, über deren Gegenstand, über die Parteien und über die gegen die Klage zulässigen Einwendungen auf die ausführliche Darstellung in meiner Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis, Th. I, §§. 285, 196, 197 verweisen.

III. Das s. g. gerichtliche Erbsonderungsverfahren ist wesentlich eine Regulirung vor der Nachlaßbehörde, auch Nachlaßgericht genannt, welches aber, nach der heutigen Gerichtsverfassung, kein Gericht ist, weil es keine richterliche Gewalt hat und keinen Parteistreit entscheiden kann; es ist wesentlich eine Verwaltungsbehörde, welche jedem Kreisgerichte oder Stadtgerichte als eine Zweite Abtheilung angehängt ist. Bei dieser Regulirung sind die Prinzipe der Erbschaftsklage über das Erbrecht und über die Erbquoten (petitio hereditatis) von dem der Erbtheilungsklage nicht streng geschieden, beide Klagen sind stillschweigend kumulirt; denn wenn z. B. im Verlaufe des Verfahrens ein Streit über eine Frage entsteht, ob ein Konkurrent wirklich ein Erbe sei, oder darüber: was für eine Quote er zu fordern habe und dergl., Fragen, welche nur Gegenstand der hereditatis petitio sein können; so werden die streitenden Theile nicht etwa hier abgewiesen, sondern ihr Streit wird in diesem Verfahren erörtert und entschieden. Es kann sogar derjenige, welchem eine geringere Quote, als er verlangt, von den übrigen Interessenten zugestanden wird, darauf antragen, daß während der Verhandlung des Streits die Erbsonderung angelegt, und dasjenige, was ihm von der Erbschaft gebührt, auf beide Fälle, nämlich, wenn er die verlangte höhere Quote erstreiten, oder, wenn es bei der geringeren, welche die Gegner nachgeben, verbleiben sollte, gehörig ausgemittelt werde; das Gericht sollte nach der alten Verfassung nur beiderlei vorläufige Anträge mit der Instruktion der Hauptsache über das Erbrecht selbst, oder über die dem oder jenem Erben gebührende Quote, nicht vermengen, sondern in separaten Akten verhandeln; auch konnte das regulirende Gericht, wenn einem

---

12) II, 18, §§. 418, 501 flg. — L. 17 C. de praediis et aliis reb. minorum (V, 71).

13) A. L.R. a. a. O. §. 504. — L. 17 C. l. c.; L. 1, §. 2; L. 7 pr. D. de rebus eor. qui sub tut. (XXIX, 9).

Prätendenten sein Erbrecht überhaupt, und zugleich eventuell die angesprochene Quote bestritten wurde, beide Punkte zugleich oder auch zuerst den einen und demnächst, wenn es dann noch nöthig, den anderen instruiren und entscheiden[14]). In allen Fällen wurden sämmtliche bei der Regulirung gleichzeitig, oder nach und nach entstehende Streitpunkte von dem regulirenden Gerichte selbst entschieden. Das ist seit der Gerichtsverfassung vom Jahre 1849 nicht mehr der Fall; die Zweiten Abtheilungen der Gerichte, welchen die Erbregulirungen zugewiesen sind, haben nicht die streitige Gerichtsbarkeit und müssen also die Entscheidung der dabei entstandenen Streitigkeiten der Ersten Abtheilung als dem eigentlichen Gerichte, was man kurioserweise „Prozeßgericht" nennt, überlassen[15]). Dabei hat man aber die organisatorische Vorschrift zu geben vergessen, die den s. g. Nachlaßrichter für befugt und verpflichtet erklärt, die im Erbtheilungsverfahren sich erhebenden Streitigkeiten zur Verhandlung und Entscheidung an „das Prozeßgericht" zu verweisen. Natürlich fehlt denn auch jede normative Bestimmung über das Verfahren bei dieser Ueberweisung, man weiß nicht, ob man die Akten mit oder ohne Vorbereitung an die Erste Abtheilung abgeben soll, oder ob man eine gewisse Vorverhandlung mit den Parteien (Instruktion) bewerkstelligen, oder ob man den Parteien sagen soll: Weiter können wir nichts thun, geht mit eurem Streit an den „Prozeßrichter" und wenn ihr da eure Sache ausgemacht habt, kommt wieder, wir werden bis dahin die Akten reponiren. Daher verfahren die verschiedenen Gerichte ganz ungleichförmig nach ihren individuellen Ansichten, natürlich auf Kosten der Parteien[16]), bei einigen wegen negativen, bei anderen wegen affirmativen Kompetenzkonflikts, indem einige sich zur Aufnahme von Prozeßschriften entweder nicht für befugt, oder nicht für verpflichtet halten. Gegen die erste Meinung hat sich das Obertribunal erklärt durch den Ausspruch: Der Nachlaßrichter ist kompetent, die im Erbregulirungsverfahren von den einzelnen Miterben an die Nachlaßmasse erhobenen Forderungen, ohne daß es dazu einer besonderen Klage bedarf, soweit zu erörtern und ins Licht zu stellen, daß der Prozeß-

14) A. G.O. I, 46, §§. 4—6.

15) V. vom 2. Januar 1849, §. 20 (G.S. S. 6).

16) M. s. darüber das gehaltvolle Werkchen: Ueber die Funktionen der Richter und über ihre Kompetenz, wenn bei Nachlaßregulirungen und Vermögensauseinandersetzungen Streitpunkte zur Entscheidung vor den Prozeßrichter gelangen. Von einem praktischen Juristen (dem Kreisgerichtsrath Dr. Fischer in Schweidnitz). Breslau, 1858.

richter die Sitzung zur mündlichen Verhandlung ansetzen kann; die Verordnung vom 2. Januar 1849 hat hierin Nichts geändert[17]). Dieses entspricht der rechtlichen Natur des judicii familiae erciscundae als eines Universal-Judiziums und einer actio duplex, es bedarf in diesem Verfahren keiner Gruppirung der Parteien, um die Rollen derselben als Kläger und Beklagte festzustellen, jeder einzelne Miterbe ist Kläger und Beklagter zugleich und das Verfahren, welches mit der Anbringung der Provokation bei der kompetenten Nachlaßbehörde und mit der darauf erlassenen Einleitungsverfügung **anhängig** geworden ist, muß officio judicis mit einem positiven Ergebniß enden, wenn nicht sämmtliche Interessenten einstimmig und ausdrücklich die Sache zurücknehmen. Das Verfahren ist dieses:

1. Will ein Miterbe auf gerichtliche Erbtheilung antragen und es fehlen ihm die zur Begründung der Provokation erforderlichen Nachrichten und Vorlagen, weil sie ihm von dem als Miterben anerkannten Besitzer der Erbschaft vorenthalten werden, so hat er solches der Nachlaßbehörde als solcher anzuzeigen. Darauf erläßt dieselbe ein exekutorisches Mandat an den Besitzer auf Herausgabe des Inventariums und Vorlegung einer Administrationsrechnung binnen einer bestimmten Frist. Leistet der Besitzer nicht Folge, so wird gegen ihn, auf weiteres Andringen auch nur eines Einzelnen von mehreren Miterben[18]), mit der executio ad faciendum verfahren, und wenn diese erfolglos ist, können die Erben ihr Interesse liquidiren und dasselbe mit dem juramento in litem erhärten[19]), was im Wege des ordentlichen Prozesses geschehen muß. Dieses Mandat ad exhibendum kann die erste Veranlassung zu Streitigkeiten geben, wenn der, gegen welchen es erlassen, widerspricht, weil er nicht Erbschaftsbesitzer sei, oder weil der Extrahent nicht Miterbe sei, oder weil man sich bereits außergerichtlich auseinandergesetzt habe. Diese Streitpunkte muß der Nachlaßrichter durch Vernehmung der Parteien feststellen und dann durch die I. Abtheilung entscheiden lassen. Wird der Erbschaftsbesitzer von dem Provokanten nicht als Miterbe anerkannt, so findet der in Antrag gebrachte Erlaß an ihn nicht statt, weil er nicht Prozeßpartei in diesem Judizium ist; er muß mit der hereditatis petitio belangt werden.

---

17) Erk. vom 3. Juni 1853 (Arch. f. Rechtsf. Bd. X, S. 67).

18) Erk. des Obertr. vom 25. Februar 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 217); u. vom 17. Dezember 1855 (Arch. f. Rechtsf. Bd. XIX, S. 189).

19) A. G.O. I, 46, §. 7. — V. I vom 4. März 1834, §. 9.

2. Ist eine gehörig substantiirte Provokation[20]) eingegangen, so setzt der Richter einen Termin zur Regulirung der Sache, zu welchem er den Provokanten und sämmtliche von ihm angegebene Miterben vorladet, und wobei er zugleich von Amtswegen alles das verfügt, was erforderlich ist, die Sache ins Licht zu setzen und namentlich die Aktiv- und Passivmasse der Erbschaft auszumitteln und festzustellen. Er fordert daher von dem Besitzer der Erbschaft das Inventarium über den Nachlaß und „alle sonst zur Sache gehörigen Urkunden und Briefschaften"; von demjenigen, welcher die Erbschaft oder einen Theil derselben verwaltet hat, die Kuratel- und Administrationsrechnung; von dem Miterben, welcher konferiren soll, ein Verzeichniß der Konferenda u. s. w. ein[21]).

3. Im Termine hat der Deputirte die Parteien gegenseitig zu vernehmen und vor allen Dingen auszumitteln: worauf es bei der Sache eigentlich ankomme. Treten dabei Streitigkeiten hervor, welche z. B.

a) die Ausmittelung oder Konstituirung der Erbschaftsmasse selbst; oder
b) die Art der Theilung, ob nämlich selbige durch das Loos geschehen, ob einem oder dem anderen Miterben ein Kührrecht zustehen, oder ob einem derselben die Güter nach einer gewissen Taxe zugeschlagen werden sollen; oder
c) die Berechnung der Antheile selbst, und deren Anweisung; oder
d) die Schuldigkeit eines Miterben, etwas und wieviel in die Masse einzuwerfen oder vielmehr sich anrechnen zu lassen, beziehungsweise zu gestatten, daß die Uebrigen ebensoviel vorwegnehmen,

zum Gegenstande haben können; so muß der Deputirte das Streitige von dem Unstreitigen sondern und die Streitpunkte gehörig präcisiren, auch bei jedem derselben die Parteien, welche darüber streiten, feststellen und die Gründe des Prätendenten sowie die des Widersprechenden vermerken. Wer hierbei nicht erscheint, wird als ein Widersprechender angesehen[22]).

4. Die darüber aufgenommenen Protokolle werden, soweit der Versuch der Sühne erfolglos bleibt, an die Erste Gerichtsabtheilung mit der Veranlassung abgegeben, über die Streitpunkte zu

---

20) M. s. ein Beispiel einer solchen in m. Anleitung zur preuß. Prozeßpraxis, Th. I, zu §. 285, S. 1198.

21) A. G.O. a. a. O. §§. 9, 10.

22) Ebenda §§. 11—13.

verfahren und zu entscheiden. Diese Abtheilung kann, nach Befinden, entweder noch Auslassungen der Parteien einfordern, oder auch sofort einen Audienztermin zur mündlichen Beantwortung und weiteren mündlichen Verhandlung anberaumen, giebt aber die Sache eher nicht zurück, als bis sämmtliche Streitpunkte rechtskräftig erledigt sind.

5. Der Nachlaßrichter hat bis dahin, nur insoweit die Streitpunkte der Sache ein Präjudiz machen, seine Thätigkeit einzustellen, im Uebrigen aber in der Regulirung weiter fortzufahren[23].

6. Das Erbtheilungsverfahren endet nicht mit einem Richterspruch, sondern, wenn alle Punkte durch Vereinbarung der Interessenten erledigt oder durch den Richter rechtskräftig entschieden sind, hat der Nachlaßrichter das Ganze in einen Entwurf zu dem zu errichtenden Erbrezeß zusammen zu stellen. Dieser muß enthalten: eine Uebersicht der ganzen Erbmasse und den zu vertheilenden Betrag; die Zahl der Erbtheile und den Betrag eines jeden; akkurate Verzeichnisse dessen, was einem jeden Miterben auf seinen Antheil zugewiesen wird; und, wenn nicht Alles vertheilt worden ist, ein Verzeichniß derjenigen Gegenstände, welche einer nachträglichen Theilung vorbehalten werden. Daneben kommen die Sicherheitsbestellungen für die gewöhnlich ausgemachten s. g. Erbgelder (pecuniæ hereditaria) oder Geldsummen vor, welche einzelne Erben auf ein ihnen ganz zugewiesenes Erbstück an Andere zu deren Abfindung herauszugeben haben[24]. — Der Plan der Erbsonderung wird den Interessenten zur Erklärung vorgelegt, nach ihren gegenseitig als gegründet anerkannten Erinnerungen berichtigt und demnächst, oder wenn er ohne Erinnerungen anerkannt wird, ohne Weiteres darnach der Erbrezeß selbst abgefaßt, von den Interessenten vollzogen und von der Nachlaßbehörde bestätigt, womit das Erbregulirungsgeschäft gänzlich zu Ende gebracht ist[25].

7. Erfolgt Widerspruch gegen Erinnerungen, so kann der Monent durch richterliche Hülfe zur Vollziehung des Erbrezesses eher nicht genöthigt werden, bevor nicht die Erinnerungen erörtert und

---

23) Ebenda §. 24.

24) Dergleichen Erbgelder hatten nach älterem Recht ein Vorzugsrecht im Konkurse. A. G.O. I, 50, §. 459. Vergl. Hyp.-Ordn. Tit. II, §. 83. Man sah sie als Kaufgeld an. Pufendorf, Obs. jur. univ., Tom. I, obs. 103.

25) A. G.O. I, 46, §. 25. — Ein Beispiel eines solchen Erbtheilungs-Rezesses findet man in meinem Formularbuche (VII. Ausg., Berlin 1866), No. LXXXV.

als unbegründet verworfen worden sind [26]). Der Gerichtsdeputirte muß daher den Monenten in Betreff der bestrittenen Punkte über die Begründung seiner Erinnerungen vernehmen, die Gegner mit ihrer Antwort darauf hören und damit muß die Sache wieder der Ersten Abtheilung zur Verhandlung und Entscheidung vorgelegt werden. Befindet das Gericht die Ausstellungen begründet, so hat es zu erkennen, daß und in wieweit die Erinnerungen für begründet zu erachten und danach der Erbsonderungsplan zu berichtigen. Nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses ist nach Vorschrift desselben der Plan zu ändern und den Interessenten von Neuem zur Anerkennung und Vollziehung vorzulegen. Findet dagegen das Gericht die Ausstellungen unerheblich oder unbegründet, so erkennt dasselbe, daß die Errinnerungen zu verwerfen und der Monent schuldig, den Plan anzuerkennen und den danach verfaßten Erbrezeß zu vollziehen. So pflegen nämlich gewöhnlich die Erkenntnisse zu lauten und dann wird, wenn der Monent hartnäckig ist, eine Art Exekutionsverfahren gegen ihn eröffnet, welches darin besteht, daß der Richter, nämlich der „Prozeßrichter", in Vollziehung des Urtels einem Dritten den Auftrag ausfertigt, den Erbrezeß im Namen der renitenten Partei zu vollziehen. Dazu wird der Beauftragte nun von dem Nachlaßrichter zu einem Termine vorgeladen. Dieses Verfahren hat die juristische Konsequenz nicht für sich. Einfacher und juristischer ist, zu erkennen, daß die geltend gemachten Erinnerungen gegen den Erbsonderungsplan zu verwerfen und der darnach verfaßte Erbrezeß zu bestätigen und auszuführen. Damit schließt das Verfahren.

## §. 161.
## IV. Wirkung der Auseinandersetzung.

I. Durch die Einleitungsverfügung und deren Insinuation ist das Erbtheilungsverfahren rechtshängig geworden (§. 160, III), und es ist ganz richtig, daß hierin durch den Umstand, daß nach der neueren Gerichtsorganisation nicht mehr der regulirende Nachlaßrichter, sondern eine andere Deputation desselben Gerichts die Erkenntnisse über Streitpunkte abzufassen hat, nichts geändert ist [1]). Die Rechtshängigkeit hat die gewöhnlichen Folgen, nämlich:

1. Eine mit der Person eines vorgeladenen Miterben eintre-

---

26) Erk. des Obertr. vom 12. November 1855 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XX, S. 44).

1) M. s. oben, §. 160, Text zu Note 17.

tende Veränderung hemmt den Lauf des Verfahrens nicht. Stirbt ein Miterbe im Laufe des Verfahrens, so treten dessen Erben für ihn ein, und der Nachlaßrichter darf nicht den übrigen Interessenten überlassen, diese Erben, wenn sich deren keine melden, auszufinden und zur Legitimationsführung anzuhalten, sondern er muß den Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit der Verstorbene seinen letzten Wohnsitz hatte, veranlassen, eventuell einen Verlassenschaftskurator für dessen Nachlaß zu bestellen [2]).

2. Diejenigen Miterben, welche sich einer Administration unterzogen haben, tragen die Folgen der Mora, wenn sie mit der Ablegung ihrer Rechnung und Ablieferung der Bestände und Früchte auf sich warten lassen [3]). Es kann auch keiner von ihnen die etwa angefangene Verjährung einer bestimmten, zum Nachlasse gehörigen Sache fortsetzen, wogegen die Anhängigkeit des Theilungsverfahrens auf den Fortlauf der von einem Dritten angefangenen Verjährung einer solchen Sache gar keinen störenden Einfluß hat [4]).

3. Nach Einleitung des Verfahrens ist jede willkührliche Veräußerung von Seiten eines Miterben verboten [5]).

II. Durch die gehörig vollzogene Theilung wird jeder Miterbe Alleineigenthümer der ihm zugewiesenen einzelnen Gegenstände. Dieses ausschließliche Eigenthum ging nach R. R. unmittelbar durch die Zuweisung bei der gerichtlichen Theilung über [6]); bei außergerichtlichen Theilungen sollte Besitzübertragung hinzukommen [7]), so daß auch hier die Tradition die eigentliche Erwerbungsart war. Diesen Grundsatz hat das Landrecht für beide Fälle angenommen, weil eine eigentliche Adjudikation nach preußischem Rechte nicht stattfindet. Es heißt: „Eigenthum und Gefahr in Ansehung des Ganzen gehen bei Theilungen nur ebenso, wie bei Kaufverträgen in An-

---

2) A. G.O. I, 7, §. 48, lit. b u. I, 20, §. 4. — L. 48 D. fam. ercisc. (X, 2): „Si familiae erciscundae, vel communi dividundo, vel finium regundorum actum sit, et unus ex litigatoribus decesserit, pluribus heredibus relictis: non potest in partes judicium scindi, sed aut omnes heredes accipere id debent, aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine judicium agatur."

3) A. G.O. I, 7, §. 48, lit. d; A. L.R. I, 17, §. 164.

4) A. G.O. I, 7, §. 50. — L. 14 pr. D. eodem: „Sed et si usucapio fuerit coepta ab eo, qui heres non erat, ante litem contestatam, et postea impleta fuerit: rem de judicio subducit."

5) A. G.O. a. a. O. §. 48, lit. c. — L. 13 D. eodem: „Alienationes enim post judicium acceptum interdictae sunt, duntaxat voluntariae, non quae vetustiorem causam, et originem juris habent necessariam."

6) Ulpian, Fragm., Tit. 19, §. 16. — §. 7 Inst. de off. jud. (IV, 17).

8) L. 15 C. fam. erciscundae (III, 36).

sehung körperlicher Sachen, und bei Cessionen in Ansehung der Rechte, auf den Uebernehmer des Ganzen über[9]). — Daß und wie die Miterben einander Gewähr zu leisten haben, ist bereits oben (§. 156) gesagt. Dort ist auch beigefügt, daß dieses so, wie bei Kaufverträgen, nach Vorschrift des Landrechts geschehen solle. Das Prinzip kommt aus Westphal[10]), ist jedoch unrichtig; denn das wahre Prinzip ist die Gemeinschaft der Rechte und Pflichten. Wenn also nach der Theilung eine Eviktion eines zur Theilung gezogenen Gegenstandes erfolgt, so kommt eine bisher nicht berücksichtigte gemeinschaftliche Pflicht, nämlich die, den evinzirten Gegenstand auszuliefern, zu Tage, und nun muß eine nachträgliche Vertheilung dieses Verlustes erfolgen. Das ist der wesentliche Inhalt der s. g. Gewährleistungspflicht unter den Miterben[11]). Uebrigens ist es selbstverständlich, daß die einem Dritten auf eine getheilte Sache (Grundstück) zustehenden dinglichen Rechte durch die Theilung gar nicht verändert werden; ein Pfand- oder Hypothekengläubiger macht sein Recht ganz auf jeden einzelnen Theil, oder auf alle Theile zusammen, wie es ihm gefällt, geltend, und ein Servitutberechtigter kann seine Servitut auf jeden einzelnen Theil ganz ausüben, im Falle nicht durch die Beschaffenheit der Servitut nur ein einzelner Theil der Sache als dienend zu betrachten ist[12]).

## §. 162.
## V. Anfechtbarkeit der Theilung.

I. Das Gemeine Recht gestattet in der Regel die Anfechtung einer gehörig zum Abschluß gebrachten Theilung nicht: „Si inter vos majores annis viginti quinque rerum communium divisio, relicta vel translata possessione, finem accepit: instaurari mutuo bona fide terminata consensu minime possunt[1]).“ Inwiefern hiervon Ausnahmen stattfinden, ist gemeinrechtlich streitig. Paulus wird gefragt, wie es wegen der Anfechtung der Theilung zu halten sei, wenn Jemand in der irrigen Meinung, ein Anderer

---

9) I, 17, §. 103. Dabei ist die L. 1 C. communia utriusque (III, 38) im Sinne gewesen: „Divisionem praediorum vicem emtionis obtinere placuit.“

10) System von den einzelnen Vermächtnißarten, §§. 834, 835.

11) Dieser Rechtsgedanke ist auch ausgedrückt in der L. 14 C. fam. ercisc. (III, 36). Vergl. L. 7 C. comm. utr. jud. (III, 38).

12) A. L.R. a. a. O. §§. 105, 106. Pr. des Obertr. 2439, vom 17. März 1853 (Entsch. Bd. XXV, S. 135). Vergl. L. 25, §§. 9, 10 D. fam. erciscundae (X, 2).

1) L. 8 C. comm. utr. jud. (III, 38).

sei sein Miterbe, die Theilungsklage gegen ihn erhoben und darauf der Richter gegenseitige Adjudikationen und Kondemnationen ausgesprochen hat, demgemäß auch die erkannten Leistungen entrichtet worden sind; man verlangt von ihm zu wissen: ob nach Entdeckung des wahren Sachverhältnisses wegen der Zahlungen die Kondiktion, und wegen der körperlichen Sachen die Vindikation gegen den falschen Erben stattfinde. Er antwortet: Nein, weil hier nicht aus Irrthum, soudern in Folge eines Erkenntnisses geleistet worden ist („quoniam ex causa judicati solvit"). Hätten sie aber ohne Mitwirkung und Ausspruch des Richters getheilt; so stehe dem wahren Erben die Kondiktion wegen der dem falschen Erben, den er für den Miterben gehalten, abgetretenen Sachen zu; denn ein Vergleich würde zwischen ihnen als bündig eingegangen nicht angenommen, weil der Eine in dem wesentlichen Irrthum gestanden habe, der Andere sei Miterbe [2]). Auf Grund dieser Stelle nehmen viele Ausleger an: eine durch den Richter erfolgte Theilung, wenn sie rechtskräftig geworden, könne nicht angefochten werden, wenn auch dabei der Irrthum einer Partei zum Grunde liege, wohl aber eine außergerichtliche oder Privattheilung. Indessen ist von Anderen hiergegen geltend gemacht: 1. daß nur dasjenige für rechtskräftig entschieden zu halten sei, worüber die Parteien gestritten hätten; es sei aber in dem Falle, wo gegen einen irrthümlich dafür gehaltenen Miterben provocirt worden, die Frage: ob der Beklagte wirklich Miterbe sei, nicht zum Streit gekommen; folglich habe sie durch die Adjudikation nicht entschieden werden können; der Richter habe nur unter der Voraussetzung, daß das Erbrecht unter den Parteien feststehe, über die Vertheilung der Erbschaft erkannt. Ferner: 2. daß ein Richterspruch, wenn er formell auch rechtskräftig geworden, dennoch rescindirt werden könne, wenn er auf falsche Beweismittel, welche man irrthümlich für ächt gehalten, gegründet worden sei. Ein gleiches müsse auch in dem Falle gelten, wenn die Sentenz auf einem so offenbaren Irrthume einer Partei beruhe, von welchem Paulus spreche [3]).

Weiter ist die Frage: ob und in wiefern auch wegen erlittener Verletzung eine Erbtheilung angefochten werden könne. Hierbei unterscheidet man wieder zwischen richterlicher Theilung und Pri-

---

2) L. 36 D. fam. ercisc. (X, 2).

3) M. s. hierüber: Voet, Commentar., L. X, tit. 2, §. 34; Westphal, von den einzelnen Vermächtnißarten, §. 840, S. 513 ff.; Glück, Kommentar, Bd. XI, S. 86 ff.

vattheilung. 1. Die gerichtliche Theilung soll anfechtbar sein, wenn der Richter bestochen war und doloser Weise einen verletzenden Spruch fällte [4]); außer dem Falle der Bestechung nicht, wenn auch der Richter aus vorsätzlicher Parteilichkeit ungerecht urtheilt [5]), nur daß er hier persönlich dem Verletzten haftet [6]); sie soll auch anfechtbar sein, wenn die Verletzung durch Dolus oder Arglist eines anderen Miterben bewirkt worden ist [7]). Liegt hingegen der gerichtlichen Theilung nur ein Irrthum zum Grunde, so ist man darüber nicht einig, ob das durch Ablauf des Fatale rechtskräftig gewordene Erkenntniß anfechtbar sei, oder nicht [8]). 2. Die außergerichtliche Theilung ist anfechtbar, wenn ein Miterbe durch den Dolus des anderen verletzt worden ist [9]); liegt der Verletzung nur der Irrthum eines Miterben zum Grunde, so ist die Zulässigkeit der Anfechtung wieder sehr streitig. Einige gestatten dieselbe wegen einer jeden Verletzung aus Irrthum; Andere wollen sie nur wegen einer Verletzung über die Hälfte zulassen; noch Andere unterscheiden: ob der Erbe durch Irrthum im Antheile (circa res dividendas) verletzt worden, z. B. wenn ihm statt des ihm gebührenden Drittels nur ein Viertel berechnet und angewiesen worden, oder ob die Verletzung im Anschlage (circa aestimationem), d. h. durch einen Fehlgriff in der Taxe, geschehen. Im ersten Falle soll die Theilung wegen einer jeden Verletzung, im zweiten Falle nur wegen einer Verletzung über die Hälfte zulässig sein [10]). Das Nähere kann übergangen werden.

II. Das Landrecht schließt sich der Unterscheidung zwischen gerichtlichen Theilungen und Privattheilungen an und hat den Grundsatz: „Die Kraft und Gültigkeit einer Privattheilung ist nach den Regeln von Vergleichen, so wie derjenigen, welche mit Zuziehung des Richters angelegt worden, nach den Regeln der rechtskräftigen Erkenntnisse zu beurtheilen [11]).“ Daß hier unter denjeni-

---

4) L. 7 C. quando provocat. non est necesse (VII, 64).

5) L. 65, §. 2 D. ad S.C. Trebell. (XXXVI, 1); L. 27 D. de re jud. (XLII, 1).

6) L. 15, §. 1 D. eodem; L. 2 C. de poena judicis (VII, 49).

7) L. 8 C. de collat. (VI, 20).

8) Ueber diese Meinungsverschiedenheit s. m. Glück, Kommentar, Bd. XI, S. 90.

9) L. 3 C. communia utr. jud. (III, 38); L. 10 C. de rescind. vend. (IV, 14); L. 35 D. de pactis (II, 14).

10) Glück a. a. O. S. 93 ff.

11) I, 17, §. 111.

gen Theilungen, „welche mit Zuziehung des Richters angelegt worden," die richterlichen Theilungen, im Gegensatze von Privattheilungen, gemeint sind, ist nicht zweifelhaft. Aber eine Frage thatsächlicher Natur bleibt es, welche Theilungen denn als solche, „welche mit Zuziehung des Richters angelegt worden," in dem hier gemeinten Sinne gelten sollen. Denn da die Gerichte befugt sind, über Privat-Rechtsangelegenheiten auf Verlangen der Interessenten öffentliche Urkunden zu errichten, so können Erbinteressenten, welche sich außergerichtlich getheilt haben, mit ihrem Theilungsakte zu irgend einem Gerichte, also auch zu der ordentlichen Nachlaßbehörde gehen, und vor derselben diesen Akt seinem Inhalte nach anerkennen und solchergestalt gerichtlich verlautbaren. Ist dadurch die Theilung eine „mit Zuziehung des Richters angelegte" geworden, namentlich wenn das gewählte Gericht dasjenige ist, welches im Falle eines entstandenen Streites das zur Entscheidung kompetente gewesen sein würde? Diese Frage kammt auch im Geltungsbereiche des Gemeinen Rechts vor. Ge. Lud. Böhmer sagt hierüber: „Pro judiciali divisione, quae sententia judicis peragitur, et auctoritatem rei judicatae nanciscitur, agnosci non potest nuda conventio divisoria, in judicio facta, et a judice confirmata[12]." Viel ist daraus für das preußische Recht nicht zu gewinnen. Denn wenn auf eine bei dem kompetenten Nachlaßrichter angebrachte Theilungsprovokation die ganze Angelegenheit in Güte, auch nur in einem einzigen Termine, ohne daß ein Rechtsspruch nothwendig wird, durch sofortige Errichtung des Erbrezesses zum Abschluß kommt, so wird man dieses doch schwerlich für eine Privattheilung erklären können. Man wird daher ein anderes entscheidendes Kennzeichen einer richterlichen Theilung als das eines eigentlichen Rechtsspruchs (Erkenntnisses) finden müssen. Dieses ist kein anderes als der, bei dem kompetenten Nachlaßgericht angebrachte, Antrag eines oder mehrerer Miterben auf gerichtliche Erbtheilung (§. 160, III, Nr. 1). Wird dem Antrage Folge gegeben und das Verfahren bis zum Abschlusse des Erbrezesses durchgeführt, so ist die Erbtheilung eine gerichtliche im Rechtssinne, mag dabei die Fällung eines oder keines Rechtsspruchs nöthig gewesen sein. Dazu stimmt folgender Ausspruch des höchsten Landesgerichts: „Eine, im Wege der Provokation eines Miterben auf gerichtliche Erbesauseinandersetzung in Gemäßheit der Vorschriften des Titel 46, Th. I

---

12) Auserlesene Rechtsfälle, Bd. I, Abth. 2, Nr. 76, S. 592, Nr. 6.

der Allgemeinen Gerichtsordnung vor dem Erbschaftsrichter zu Stande gekommene, Erbtheilung ist als eine mit Zuziehung des Richters, im Sinne des §. 111, Tit. 17, Th. I des A. L.R. angelegte auch dann anzusehen, wenn sämmtliche Punkte derselben, einschließlich der Erbquoten, durch Einverständniß oder gütliche Uebereinkunft der Interessenten regulirt worden sind [13]." Doch tritt hierbei noch ein Zweifel in Betreff der Kompetenz entgegen, der sich im Falle der Personen-Identität des Nachlaßrichters und des Vormundschaftsrichters ergiebt, wenn das Vormundschaftsgericht sich der Regulirung unterzogen hat. Die Vormundschaftsordnung schreibt vor, daß die Auseinandersetzung eines Pflegebefohlenen mit den Miterben in der Regel unter Direktion des vormundschaftlichen Gerichts geschehe; könne sie aber in Güte nicht zu Stande gebracht werden: so gebühre die rechtliche Entscheidung dem Richter, unter welchem der Erblasser seinen letzten persönlichen Gerichtsstand hatte [14]. Nun fragt sich: woran soll man erkennen, ob die Theilung eine „mit Zuziehung des Richters angelegte", oder eine außergerichtliche sei, wenn das Gericht, welches die Nachlaßbehörde und zugleich auch die Vormundschaftsbehörde minorenner Miterben ist, den Nachlaß „durch gütliche Uebereinkunft der Interessenten ([13])" regulirt hat? Ein solches untrügliches Kennzeichen ist nicht gegeben, wohl aber finden sich widersprechende Richtersprüche und das Obertribunal selbst ist sich nicht gleich geblieben. In einem Erkenntnisse vom 20. Januar 1854 hat es ausgesprochen, daß ein von dem Vormundschaftsgerichte aufgenommener und bestätigter Erbtheilungsrezeß nicht nach den Regeln von Vergleichen zu beurtheilen sei [15], folglich nicht als Privattheilung anzusehen. In dem Erkenntnisse vom 29. Juni 1863 hat es, im Widerspruche damit und mit den beiden Vorderrichtern, ausgeführt, daß ein zwischen dem schichtenden Vater und seinen minderjährigen Kindern von dem vormundschaftlichen Gerichte aufgenommener und Namens der Minorennen obervormundschaftlich bestätigter Auseinandersetzungsrezeß für eine „mit Zuziehung des Richters angelegte" Theilung im Sinne des §. 111 nicht zu achten,

---

13) Pr. 2491, vom 12. Dezember 1853 (Entsch. Bd. XXVI, S. 501). Schon in den Erkk. des Obertr. vom 16. März 1849 und vom 12. Mai 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. III, S. 207) war ausgesprochen, aber wieder angefochten, daß die Bestimmung des §. 111 sich auf die nach Vorschrift der A. G.O. Th. I, Tit. 46 zu Stande gekommenen Theilungen beziehe.

14) A. L.R. II, 18, §§. 419, 420.

15) Archiv f. Rechtsf. Bd. XXII, S. 76.

sondern nach den Regeln von Vergleichen zu beurtheilen sei[16]). — Das allein entscheidende Kennzeichen bleibt auch hier die Provokation auf gerichtliche Auseinandersetzung (§. 160, III, Nr. 1). Es muß daher in dem Falle, wo der Nachlaßrichter zugleich auch Vormundschaftsbehörde ist und minorenne Miterben vorhanden sind, aus den die Einleitung des Verfahrens in Antrag bringenden Erklärungen und Gesuchen thatsächlich festgestellt werden: ob das Gericht in seiner Eigenschaft als Nachlaßgericht, oder in der als Vormundschaftsbehörde um seine Thätigkeit angegangen worden ist. Je nach dem Ausfall dieser Thatfrage muß dann der in dem Verfahren zu Stande gekommene Erbrezeß als eine gerichtliche Theilung, oder als eine Privattheilung, in seiner Kraft und Gültigkeit beurtheilt werden.

III. In Ansehung der Grundsätze, nach welchen die Theilung in dem einen und dem anderen Falle der Anfechtung unterliegt, schließt sich das Landrecht dem R.R. (Nr. I) im Allgemeinen an.

1. Gerichtliche Theilungen, welche in rechtsgültiger Form zum Abschluß gekommen sind, und daher nicht wegen mangelhafter Form oder wegen Mängel in den persönlichen Eigenschaften der Interessenten angreifbar sind, können nur, wie rechtskräftige Erkenntnisse, mit der Restitutions- oder Nullitätsklage umgestoßen werden, jedoch ist der Nullitätsgrund der Inkompetenz des Gerichts hier ausgeschlossen[17]). Wegen der bei dieser Theilung übergangenen Stücke tritt jedoch auch hier ohne Weiteres eine Nachtheilung ein[18]).

2. Privattheilungen können aus denselben Gründen, aus welchen Vergleiche angefochten werden können, also namentlich auch wegen eines wesentlichen Irrthums, umgestoßen werden[19]).

---

16) Entsch. Bd. L, S. 184 ff.

17) A. L.R. I, 17, §§. 112, 113. Die Restitutions- und Nullitätsgründe s. m. A. G.O. Th. I, Tit. 16.

18) A. L.R. a. a. O. §. 114 u. Tit. 16, §§. 436 ff. u. m. Anm. 28 dazu.

19) A. L.R. a. a. O. §. 114 u. I, 16, §§. 417 ff. — Vergl. das Erk. des Obertr. vom 29. Juni 1863 (Entsch. Bd. L, S. 184 ff.).

# Berichtigungen und Nachträge.

---

S. 14 Z. 10 v. o. ist das erste Komma vor „selbst" zu setzen, und in der Note 18 ist hinter „259" einzuschalten: 260

= 16 = 1 = u. ist folgende Anm. nachzutragen:
25a) Diese Bestimmung hat jedoch noch ihre besondere Beziehung. M. s. unten, §. 41, I, Nr. 1.

= 17 = 11 = o. l. „zufallen", st.: zufällt

= 18 = 19 = = l. „der Begünstigte", st.: er

= 18 = 11 = u. ist hinter „und" einzuschalten: man

= 21 = 16 = o. ist „beziehen", st.: bezieht zu lesen.

= 25 = 3 = = ist hinter „wird" einzuschalten: „entschieden aber zugleich die Kontroverse: ob man sich gültigerweise der Testirfreiheit begeben könne."

= 25 = 8 = = ist hinter „hingestellt" einzuschalten: wurde

= 26 = 1 = u. im Texte ist hinter „daß" einzuschalten: nicht

= 26 = 4 = = = = ist st. „(II)" zu setzen: (§. 4)

= 29 = 15 = = l. „ist", st.: sind

= 30 = 7 = o. ist hinter „Vermögensmasse" einzuschalten: Theilnehmende

= 30 = 11 = = ist zu aus folgende Anm. nachzutragen:
15a) Der Code civil spricht ihn aus im Art. 110: „Le lieu, où la succession s'ouvrira, sera determiné par le domicil." Versteht sich des Verstorbenen. M. vergl Art. 822 u. Code de procédure, Art. 59.

= 31 Note 19 l. „§§. 536, 537", st.: 636, 637

= 31 ist der Note 21 beizufügen: — Das sagen auch die Verfasser des Landrechts selbst. M. s. unten Anm. 10 zu §. 93.

= 32 Z. 6 v. o. ist hinter „Rechtsgelehrten" einzuschalten: welche dafür hielten,

= 33 = 7 = = ist nachzutragen: Das Schlagendste aber ist die eigene authentische Erklärung der Verfasser des Landrechts, daß der §. 495 wirklich die allgemeine Regel enthalte, wovon man bei Eheleuten keine Ausnahme statuiren könne. (§. 93 Note 10 unten.)

= 34 = 12 = = ist hinter „Recht" einzuschalten: nicht

= 34 = 15 a. E. ist beizufügen: (§. 97.)

= 36 = 15 v. o. ist hinter „augenscheinlich" einzuschalten: nicht

= 42 ist in der Note 1 st. Modestin zu lesen: Marcian, u. a. E. beizufügen: L. 2 D. de inoff. test. (V, 2).

= 47 Z. 12 v. o. ist st. stipulato zu lesen: stipulatu

= 56 = 1 = = l. „Gelingt", st.: Genügt

S. 57 Z. 10 v. o. l. „die Klägerin", st.: sie

= 57 = 12 = = ist hinter „fordern" einzuschalten: hatte

= 57 = 16 = = ist „auch" hinter falls einzuschalten und hinter „Man" zu streichen.

= 68 = 16 = = ist hinter „Singularsuccessor" folg. Anm. einzuschalten: 17a) D. h. hier in dem Sinne, daß er erst durch den Prinzipalerben, also mittelbar, zur Erbschaft gelangt, wenngleich er nach neuerem Rechte in die Erbschaft als in ein Ganzes, in universum jus, eintritt. M. s. unten den Abschnitt von Universalfideikommissen, §§. 116 ff.

= 86 Note 26d, Z. 1 l. „§. 266", st.: L. 266

= 115 Z. 5 v. u. ist hinter „ablehnen" einzuschalten: dürfen

= 117 = 1 = o. ist hinter „Kompromisse" einzuschalten: nicht

= 125 = 12 = = ist hinter „1864" einzuschalten: endlich das Erinnerungskreuz von 1866. — Der Note 122 ist beizufügen: Statut vom September 1866, Nr. 6 (G.S. S. 557).

= 138 Note 44 muß es st. „Tit. 15" heißen: Tit. 14

= 145 Z. 15 v. u. l. „ihre", st.: seine

= 146 = 13 = o. l. „weicht", st.: reicht

= 148 = 10 = u. ist „auch" zu streichen.

= 150 = 6 = o. ist der Satz: „Das — hinaus" zu streichen.

= 159 = 1 = = l. „direkten", st.: indirekten, u. der Note 10 am Anfange ist vorzusetzen: Die besondere Bestimmung des §. 7 d. T.: „Kodizille sind auch ohne Testament gültig", ist solchergestalt ohne Bedeutung. Vergl. §. 46 a. a. O.

= 160 = 3 = u. ist hinter sunt anzufügen: "

= 170 = 15 = o. l. „unter", st.: und

= 177 = 3 = u. ist hinter „findet" einzuschalten: auch

= 184 = 16 = o. = = „preußischen" einzuschalten: Rechte

= 189 = 3 = u. l. „ein", st.: eine

= 190 = 16 = o. l. „denselben", st.: demselben

= 195 ist der Note 44 beizufügen: Vergl. I, 12, §. 39.

= 198 ist in der Note 52 st. „S. 337" zu setzen: §. 337

= 200 Z. 3 v. o. l. „Fähigkeit", st.: Freiheit

= 213 unter II, Z. 9 v. o. ist vor „nicht" einzuschalten: sich

= 222 Z. 10 v. u. ist hinter „libera" einzuschalten: facultate

= 223 = 18 = o. ist st. des zweiten „hinsichtlich" zu l.: in Betreff

= 224 = 11 = = ist „non" zu streichen.

= 225 ist dem ersten Abs. a. E. beizufügen: (§. 30 No. I.)

= 238 Z. 14 v. o. l. „verlassen", st.: erlassen

= 242 ist der Z. 12 v. u. beizufügen: „S. unten §. 73, No. III, 4."

= 246 Z. 7 v. u. l. „dann ist es", st.: denn es ist

= 250 = 8 = o. l. „sie nicht vollständig erfüllt zu werden braucht", st.: sie vollständig erfüllt werden muß

= 251 = 16 = = l. „dieses", st.: dies

= 252 = 13 = u. l. „Ausspruche", st.: Anspruche

= 272 = 9 = o. ist „cautio" einmal zu streichen.

= 272 = 2 = u. l. „konnte", st.: könnte

= 276 enthält der Passus „Zweitens" Z. 11 v. o. bis „zu fordern hat" in Folge von Auslassungen und Schreibfehlern im Manuscript eine unrichtige Darstellung. Statt desselben muß es heißen: Zweitens enthält die

Bestimmung keinen Widerspruch darin, daß sie den ersten (unmittelbaren) Erben zur Auslieferung der Früchte und Nutzungen *ohne* weiteres Anmelden des zweiten Erben (ex die) verpflichtet, vorausgesetzt, daß der „gewisse Tag“ nicht mit einem Ereigniß verknüpft ist. Wenn z. B. Jemand zum Erben vom zehnten Jahrestage des Todestages des Erblassers an eingesetzt ist, so ist das ohne Zweifel ein *gewisser* Tag (dies certus), bis zu welchem der erste oder unmittelbare (Intestat-) Erbe wahrer Erbe und Eigenthümer der Erbschaft ist und zu dem Testamentserben ex die in dem Verhältnisse des Fiduziarerben zum fideikommissarischen Substituten steht [5]); er ist daher mit dem Eintritte des zehnten Jahrestages gehalten, die Erbschaft mit den Nutzungen von diesem Tage an dem Testamentserben oder dessen Erben herauszugeben [6]), obgleich er dadurch die von der Person untrennbare Erbesqualität nicht verliert, vielmehr für immer auch Eigenthümer des Inhalts der Erbschaft bleibt, wenn der Testamentserbe die ihm ex die beschiedene Erbschaft ausschlägt. (Vergl. unten, §. 117, No. III, 1 und 2 und §. 118.) Wenn dagegen z. B. im Testamente verordnet stände: zehn Jahre nach meinem Tode soll meine Verlassenschaft dem N., wenn er alsdann noch am Leben ist, herausgegeben werden, so würde der Intestat- oder unmittelbare Erbe für immer Eigenthümer der Erbschaft bleiben, wenn der Testamentserbe den zehnten Jahrestag nicht erlebte, und Jener würde auch die Früchte, wenn dieser den Tag erlebt hätte, erst von dessen Anmeldung an herauszugeben gehalten sein. Der §. 487 (Text zu Note 3) enthält daher offenbar einen Redaktionsfehler darin, daß er diese beide Arten eines „gewissen Tages“ nicht ausdrücklich unterscheidet, sondern nur in dem Allegat des §. 484 zu erkennen giebt, daß, wenn der „gewisse Tag“ durch Verknüpfung mit einer Bedingung der Suspensivbestimmung gleichsteht, alsdann die Anwendung des §. 487 ausgeschlossen ist.

S. 279 muß das Alleg. in der Note 11 heißen: L. 88 pr. §. 1.
" 286 ist in der Note 5 hinter XXXIII die Ziffer „1“ einzuschalten.
" 296 Z. 4 v. u. l. „Leguleius“, st.: *Lejulegus*
" 297 " 11 " o. l. „weil“, st.: *wenn*
" 297 " 9 " u. l. „seine“, st.: *ihre*
" 304 " 18 " " ist hinter „ändern“ ein Komma zu setzen und st. „Denn“ zu lesen: *und*
" 330 " 1 " o. l. „der“ st.: *die*
" 337 " 7 " u. l. „Exkusations“, st.: *Exekutions*
" 341 " 14 " o. l. „doch“, st.: *aber*
" 346 ist der Note 17 beizufügen: Vergl. unten, §. 151 a. E.
" 348 Z. 2 v. o. l. „Renitenz“, st.: *Remitenz*
" 358 " 15 " " ist hinter „sei“ einzuschalten: Dies wird fast immer geschehen müssen.
" 360 " 5 " u. l. „seinem“, st.: *seinen*, u. Z. 17 v. o. l. „Besitz“ st. *Begriff*
" 361 " 8 " " l. „soll's“, st.: *soll*
" 362 " 1 " " l. „Fragen“, st.: *Frage*
" 363 ist der Note 37 beizufügen: „Vergl. A. L.R. I, 12, §. 239; A. G.O. I, 20, §. 4.“
" 364 ist in der Note 38 Z. 2 zu lesen: „eben“, st.: *aber*
" 368 Z. 8 v. o. l. „ist“, st.: *sind*
" 383 " 1 " u. ist hinter „sollte“ einzuschalten: *für sich.*
" 384 " 6 " " ist hinter „nur“ einzuschalten: *eine*
" 385 " 18 " o. ist hinter „geschrieben“ einzuschalten: *nicht*
" 401 " 7 " - l. „substituto“, st.: *substito*

S. 401 Z. 7 v. u. ist „sei" zu streichen.
= 410 = 14 = o. ist hinter „Diese" einzuschalten: Zweifel
= 419 = 10 = u. l. „von", st.: an
= 422 = 7 = = ist vor „Uebrige" einzuschalten: das
= 428 = 3 = = l. „Beiträgen", st.: Beträgen
= 436 = 4 = o. l. „könnte es", st.: konnte
= 438 = 5 = = l. „§. 286", st.: §. 386
= = = 1 = u. l. „hatte", st.: hätte
= 439 = 6 = = ist hinter „lassen" einzuschalten: müsse
= 440 = 4 = o. l. „immittiren", st.: immitiren
= 443 = 2 = = ist hinter „Erbtheile" einzuschalten: nicht
= 446 = 7 = = l. „Erben", st.: Intestaterben
= = = 5 = u. ist das erste „non" zu streichen.
= 452 = 4 = = ist hinter „entscheidet" einzuschalten: eine
= 458 = 4 = = l. „zum Gegenstande", st.: Gegenstände
= 467 = 8 = = ist hinter „und" einzuschalten: diese
= 471 = 1 = = l. „ciosi", st.: ciosa
= 474 = 11 = o. l. „lange", st.: langen
= 480 = 17 = u. sind die Worte: „auszusondern, oder", zu streichen.
= = = 14 = = ist hinter „werden" folgende Anm. nachzutragen:

99) Bei der Erbfolge unter Eheleuten ist die Aussonderung auch ausdrücklich vorgeschrieben. II, 1, §. 502. Vgl. unten, §. 48 u. §. 95, A, No. I, 3, auch §. 159, No. I, 2, lit. a.

= 485 = 7 u. 8 v. o. l. „6000" u. „4000", st.: 60,000 u. 40,000
= 489 Note 31 ist zu lesen: „II, 1 §. 631", st.: I, 1 §. 631
= 494 ist in der Note ** hinter „Vergl." einzuschalten: oben, §. 45, S. 480 u.
= 496 Z. 8 v. o. ist hinter „Enterbten" einzuschalten: doch nicht die später Legitimirten (§. 46, S. 485).
= 497 = 16 = = l. „es", st.: ich
= 498 = 5 = = ist nachzutragen: Die weitere Ausführung folgt unten, §. 82, V, Nr. 2 a. E. u. Nr. 3.
= 499 = 8 = u. ist vor „nur" einzuschalten: sich
= = = 3 = = ist st. „wenngleich" zu lesen: nur in soweit als
= = = 2 = = ist hinter „dazu" einzuschalten: nicht
= 509 = 10 = = l. „Gleichwohl" st.: Indeß
= 506 = 9 = o. ist vor „kann" einzuschalten: die Mutter
= 510 = 16 = = ist a. E. folgende Anm. nachzutragen:

25 a) Das Obertr. ist nach dem erst nach dem Druck des Textes bekannt gewordenen Erk. vom 9. Dez. 1864 (Entsch. Bd. LIV, S. 211) derselben Meinung.

= 512 = 5 = = l. „des", st.: das
= 525 = 17 = = l. „deshalb", st.: daher
= 526 = 8 = u. ist statt des zweiten „welche" zu lesen: die
= 527 = 13 = o. l. „wenn", st.: daß
= 539 = 12 = = ist hinter „Fälle" einzuschalten: (das Ausführliche unten, §. 151)'
= 541 Note 48 ist st. „I, 2 §. 462" zu setzen: I, 12, §. 462
= 544 Z. 13 v. u. l. „hatte"

S. 550 ist in der Note 37 zu setzen: „L. 126 pr.", st.: L. 125, §. 1
= 554 ist der Z. 7 v. o. anzufügen: haben will,
= = Z. 15 v. u. ist hinter „Bestandtheil" einzuschalten: des
= 557 = 14 v. o. l. „instituirt", st.: restituirt, und vor „ein Dritter" ist einzuschalten: in beiden Fällen
= 559 = 2 = = ist vor „eine" einzuschalten: an
= 562 = 1 = u. l. „sonst", st.: so
= 565 = 8 = o. ist st. „außer" zu lesen: in
= 571 ist zu Z. 14 hinter „will" die Note nachzutragen:
4a) A. L.R. I. 12, §§. 66 u. 100.
= 572 ist zu Z. 14 hinter „beauftragen" die Note nachzutragen:
9*) A. L.R. I, 12, §§. 88, 89.
= 575 ist der Note 22 beizufügen: In einem schriftlich und versiegelt übergebenen Testamente kann jede bei der Abnahme mitwirkende Person gültig bedacht werden. §. 133 ebd.
= 590 Z. 11 v. u. l. „Testamentserrichtung", st.: Testamentseröffnung
= 591 ist zu Z. 7 v. u. a. E. die Note nachzutragen:
10a) A. L.R. a. a. O. §. 117.
= 595 Z. 2 v. o. l. „§. 33", st.: §. 23
= 603 = 6 = u. l. „gemeinrechtliches", st.: gemeinschaftliches
= 611 = 16 = = ist hinter „holung" einzuschalten: des Richters
= 612 muß in der Note 51 das Allegat heißen: „I, 12 §. 99", st.: a. a. O. §. 99.
= 622 Z. 7 v. u. ist hinter „vielmehr" einzuschalten: dieses
= 635 = 10 = o. l. „nur", st.: nie
= 640 = 8 = u. l. „ist's", st.: ist, und hinter
= 7 = o. ist folgendes Alinea nachzutragen:

Auch dieses ist vom Parteistandpunkte bestritten worden, mit der Behauptung, der §. 35 habe eine außer allem Zusammenhange mit den erbrechtlichen Begriffen und Grundsätzen stehende, auf bloßer Willkühr beruhende und nur eine strikte Anwendung gestattende Ausnahme-Bestimmung eingeführt. Jemand hatte in seinem Testamente wörtlich angeordnet: „Abänderungen der Bestimmungen dieses Testaments und Zusätze zu demselben behalte ich mir in Kodizillen vor." Als Nachtrag zu diesem Testamente — wie es der Testator ausdrücklich bezeichnete — hatte er ein, von ihm eigenhändig unterschriebenes, mit dem Datum der Errichtung versehenes, außergerichtliches Schriftstück hinterlassen, worin er sein näher bezeichnetes Haus seinem namhaft gemachten Buchhalter vermachte. Der eingesetzte Erbe verweigerte die Entrichtung dieses Legats, soweit dasselbe den zwanzigsten Theil des Nachlasses überstiege, weil der fragliche Nachtrags-Aufsatz des Erblassers nicht die Wirksamkeit eines durch Testament konfirmirten Kodizills habe. Denn der Testator habe im Testamente nicht ausgesprochen, daß er sich die Errichtung außergerichtlicher Kodizille vorbehalte, wie es der §. 35 durch die Worte: „Behält sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugniß vor, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen" 2c., ausdrücklich vorschreibe; der fragliche Vermerk im Testamente laute nur auf Kodizille, also auf gerichtliche, daher habe der Erblasser der Vorschrift des §. 35 nicht genügt, auch habe er dieser Anordnung in sofern nicht entsprochen, als er gar keine bestimmte Form für seine außergerichtlichen Aufsätze angeordnet habe, obgleich der §. 35 eine solche Anordnung erfordere. Diese Gründe fanden bei dem ersten Instanzgerichte Beifall und hatten daher die Abweisung des Legatars mit der Mehrforderung zur Folge; das Appellationsgericht und das Obertribunal verwarfen jedoch dieselben und sprachen dem Legatar das Vermächtniß ganz zu. Das Obertr. sagt zutreffend: Es sei nicht anzuerkennen, daß der §. 35 damit, daß er beginnt: „Behält sich der Erblasser —

— vor" 2c., für diesen Vorbehalt eine bestimmte Formel aufgestellt habe: der Erblasser habe sich durch den Gebrauch der Gattungsbezeichnung „Kodizill" im Testamente die Errichtung gerichtlicher und außergerichtlicher Kodizille vorbehalten, indem die Behauptung logisch nicht gerechtfertigt sein würde, daß Testator außergerichtliche Kodizille nicht vorbehalten habe. Man kann zur Verstärkung dieser Argumentation hinzufügen: die Beschränkung der Beziehung des ausgesprochenen Vorbehalts auf gerichtliche Kodizille, mit Ausschließung der außergerichtlichen, hat keinen Sinn, da ein solcher Vorbehalt völlig bedeutungslos, weil absolut unnöthig und übrig sein würde. Gegen den zweiten Einwand wegen der mangelnden Formvorschrift sagt das Obertr. ganz richtig: Der §. 35 verlange in dem Alinea: „Ob dergleichen Kodizille" 2c. nur Ein Erforderniß, nämlich die eigenhändige Unterschrift, welches im vorliegenden Falle vorhanden; im übrigen lasse das Gesetz dem Testator freie Hand, „ob und welche Bestimmungen er hinsichtlich der Form treffen wolle." Schweige er, so wolle er keine besonderen Förmlichkeiten, verletze aber dadurch nicht das Gesetz [31*].

31*) Erk. vom 10. Oktober 1864 (Entsch. Bd. LIV, S. 172).

S. 642 Z. 7 v. u. l. „österreichischen", st.: römischen
" 645 " 5 " " l. „fieret", st.: fiat
" " " 6 " " l. „Prätors" st.: Pächters
" 646 " 3 " o. l. „indem" st.: und
" 649 " 6 " u. ist hinter „Allgemeinen" einzuschalten: nicht
" 675 " 4 " " l. „Erben", st.: Erbin
" 677 " 17 " o. ist hinter „kann" nachzutragen: Fehlen jene Voraussetzungen des §. 492, so ist das Testament kein korrespektives und dann kann von Transmission des Erbrechts auf den künftigen eigenen Nachlaß des Längstlebenden nicht Rede sein; dessen Disposition wird vielmehr destitut und wenn er kein neues Testament macht, so wird dereinst die Intestaterbfolge nach ihm eröffnet.
" 680 " 5 " " l. „gemeinrecht", st.: gemeinschaft
" 691 " 8 " u. l. „intestato", st.: intesto
" 707 " 1 " " l. „welcher", st.: welche
" 710 ist in der Note 28 hinter „917" einzuschalten: auch für das röm. Recht;
" 712 Z. 3 v. o. l. „Thatfrage", st.: Thatsachenfrage
" " " 5 " " l. „darin", st.: daran
" " " 7 " u. l. „Diese", st.: Dieser
" 715 " 2 " o. ist hinter „verbinden" die Note nachzutragen:

43 a) Deshalb kann auch der die Zurücknahme begleitende Widerruf an sich kraftlos sein. Vergl. §§. 591, 592 a. a. O.

" 722 ist Z. 11 v. o. hinter „wäre" einzuschalten:

Ueber Zweck und Bedeutung der hierdurch aufgenommenen transmissio Theodosiana für das preußische Recht ist schon oben (§. 45, S. 461) das Nöthige gesagt worden.

" " ist Z. 2 v. u. st. „(§. 46)" zu setzen: (§. 42, S. 424)
" 724 muß das Allegat in der Note 78 heißen: „II, 2, §. 456", st.: I. 12, §. 456.
" 735 Z. 19 v. o. hinter „rechtsgültigen" ist zu setzen: 22)
" 736 " 4 " " l. „Antoninus", st.: Antonius
" 747 " 2 " u. l. „ist", st.: sind.
" 766 ist in der Note 2, st. „Ebenda", zu setzen: I, 12,
" 770 Z. 3 v. u. l. „auf", st.: auch
" 771 " 1 " o. ist und zu streichen.

S. 773 Z. 11 v. o. ist hinter „sind" das Anführungszeichen " beizufügen, und in der Note 1 ist st. „610" zu setzen: 618

= 774 = 15 = u. l. „ihr", st.: ihre

- 781 = 6 = o. l. „wenngleich", st.: wenn, und hinter „gerichtlich" ist einzuschalten: doch

= 786 ist dem §. 73 a. E. beizufügen:

Das Obertribunal hat seine oben (§. 23, S. 242) widerlegte Meinung in einer jüngeren Entscheidung [41]) wieder zur faktischen Geltung gebracht, ohne sich auf eine juristische Begründung und Widerlegung der Gegengründe einzulassen, die Meinung erscheint daher noch immer als eine unerwiesene Behauptung.

41) Erk. v. 11. Juli 1864 (Entsch. Bd. LIII, S. 73). Uebrigens ist die Beurtheilung dieses Rechtsfalles durchaus fehlsam und daher, weil sie von dem höchsten Gerichte ausgeht, merkwürdig. Der Thatbestand war dieser: Eheleute und eine Schwester des Mannes, also diese drei Personen, hatten einen gegenseitigen Erbvertrag errichtet und, nachdem sie sich gegenseitig zu Erben eingesetzt, bestimmt, daß bei dem Tode des Erstversterbenden keiner der beiden Ueberlebenden die Theilung solle verlangen können, „vielmehr, falls der Mann zuerst verstürbe, zwischen seiner Wittwe und seiner Schwester ein gemeinschaftliches Eigenthum nicht nur des Nachlasses, sondern auch des beiderseitigen eigenen Vermögens, einschließlich des späteren Zuwachses eintreten solle." Der Fall trat ein. Dann starb auch die Schwester und nun verfügte die Wittwe von Todes wegen über ihren künftigen Nachlaß, was dem Letztlebenden in dem Erbvertrage untersagt war. Diese Verordnung wurde von den in dem Erbvertrage dem Letztlebenden ernannten Erben angegriffen. Dem Angriffe wurde entgegengesetzt, daß der Erbvertrag ungültig sei, weil die Erbeseinsetzung in demselben unter einer unerlaubten Bedingung, nämlich der Eingehung einer Gütergemeinschaft unter Nicht-Eheleuten (I, 17, §. 76) geschehen sei. Der Einwand war unbegründet, aber in wiefern? Das Obertribunal kommt nun mit seiner Meinung: „nach §. 63, I, 12 war jene Bedingung für nicht beigefügt anzusehen, mithin die Erbeseinsetzung eine unbedingte, da die Bedingung in einer letztwilligen Verordnung auferlegt war, als letztwillige Verordnung aber die in einem Erbvertrage enthaltene Erbeseinsetzung ebenfalls anzusehen ist." Das Letztere ist nun eben der Streitpunkt, welcher bewiesen werden soll; der letzte Wille eines Menschen kann thatsächlich ein ganz anderer sein, als wozu er sich lange vor seinem Tode durch einen Vertrag verbindlich gemacht hat. Doch dies nur nebenbei. Das Unzutreffende hierbei liegt in zwei Dingen. Erstens gehört die vermeintliche Bedingung nicht zu denjenigen, welche nach §. 63 a. a. O. nicht beigefügt werden dürfen, denn der §. 63 verweiset ja ausdrücklich auf Tit. 4, §. 6—13 u. §. 36 sqq., wo von der in Rede stehenden vermeintlichen Bedingung gar nichts vorkommt. Diese ist daher keine unerlaubte oder unsittliche, sie würde vielmehr, wäre die Verabredung eine Bedingung, eine unmögliche sein, und diese hätte unfehlbar den ganzen Erbvertrag unwirksam gemacht. I, 4, §. 131 u. I, 12, §§. 504—507. Zweitens aber enthält ja jene Verabredung, nach der Wortfügung und den Ausdrücken, gar keine Bedingung im Rechtssinne, sondern eine Auflage von Seiten des Erstversterbenden (Erblassers) und ein Nebenpaktum unter den beiden Ueberlebenden (Miterben), und weder jene noch dieses hat auf die Gültigkeit der Erbeseinsetzung den mindesten Einfluß, wenn sie nicht ausführbar sind. Die Entscheidung ist daher zwar materiell richtig, aber durch die angegebenen Gründe nicht gerechtfertigt.

S. 790 ist der Anm. 16 beizufügen: Vergl. unten §. 141.

= 790 Z. 3 v. u. ist hinter „darstellt", einzuschalten: eintreten,

= 794 = 7 = o. ist hinter „Veräußerungen" einzuschalten: ausnehmen,

= 794 = 3 der Note ist st. „und hat wahrscheinlich", zu setzen: was wahrscheinlich ist, — und

= 794 = 4 ist hinter „gemeint" einzuschalten: haben

= 800 = 3 v. o. ist hinter „zurückzunehmen" einzuschalten: bewirkt

S. 805 Z. 12 v. u. ist st. „dieserhalb" zu setzen: darüber
= 807 = 11 = o. ist st. „welche" zu setzen: die
= 808 = 13 = u. l. „begründete" st.: begründeten
= 822 = 10 = = ist st. des zweiten „welches" zu setzen: das
= 826 = 9 = = l. „conservativum", st.: conservatum
= 833 = 15 = = l. „adhibitis", st.: adhibidis
= 834 = 13 = o. l. „ventiones", st.: ventionis; und der Note 1 ist beizufügen: „Vergl. §§. 114, 115."
= 834 = 6 = u. l. „von", st.: vor
= 842 muß in der Note 24 das Allegat heißen: „A. G.O. I, 50", st.: I, 30; — und der Note 25 ist beizufügen: Das Obertr. ist der entgegengesetzten Meinung. Erk. vom 13. Januar 1865 (Arch. für Rechtsf. Bd. LVI, S. 285). Diese Meinung ist unvereinbar mit der Forderung auf Sicherstellung.
= 843 Z. 11 v. u. l. „Gute", st.: Theil
= 847 muß das Allg. in der Note 35 a nicht „1, 31", sondern I, 21 heißen.
= 853 ist der Anm. 10 beizufügen: Eine Nichtbeobachtung dieser Formalien giebt nur der Frau ein Anfechtungsrecht. Erk. des Obertr. vom 11. Juli 1864 (Entsch. Bd. LIII, S. 68).
= 861 Z. 19 v. o. ist hinter „sich" einzuschalten: darüber
= 862 = 13 = = ist hinter „Abfindung" einzuschalten: aus den Verträgen
= 866 = 14 = = ist hinter „gilt" anzumerken: 8a) Vergl. I, 16, §§. 442, 443.
= 881 = 10 = = ist „nicht" zu streichen.
= 882 = 3 = u. ist hinter „Erbverzicht" folgende Note nachzutragen: 37e) Schon Mevius sagt a. a. O. (oben Text zur Not. 19) Nr. 29: Die Abgesonderten seien den rechtmäßig Enterbten gleich, er nennt sie „abdicati a bonis et hereditate parentum".
= 883 = 11 = o. ist nachzutragen: Wir kehren nun zu den oben (S. 881) verlassenen Gründen zurück.
= 884 = 6 = = ist „also" zu streichen.
= 887 = 18 = = l. „hat" st.: hatte
= 892 = 14 = u. l. „gemeinrechtlichen", st.: gemeinschaftlichen
= 916 ist der Note 10 beizufügen: „u. 701".
= 924 Z. 10 v. u. ist hinter „die" einzuschalten: Zeit
= 930 = 16 = o. l. „Ausnahme", st.: Annahme
= 930 = 8 = u. l. „§. 86", st.: 66; und in der Note 16 ist einzuschalten hinter „§§": 302,
= 931 = 14 = o. l. „väterlicher", st.: natürlicher
= 932 = 3 = = l. „zu", st.: zur
= 940 = 11 = = ist hinter „annehmen" einzuschalten: zu
= 947 = 7 = = ist hinter „ist" einzuschalten: jedoch,
= 947 = 11 = = ist hinter „zerrissen" einzuschalten: und deshalb unterstützt der Wortlaut nicht jene Auffassung.
= 951 = 8 = u. l. „Ehescheidung", st.: Entscheidung
= 962 = 1 = o. ist hinter „zu jeder" einzuschalten: Zeit
= 968 = 9 = u. ist hinter „und" einzuschalten: derselben
= 968 Note 68 ist st. „A L.R. a. a. O." zu allegiren: A. L.R. II, 1,
= 971 Z. 2 v. u. l. „Bezeichnung", st.: Beziehung
= 972 = 8 = = l. „von bösem", st.: vom bösen
= 974 ist am Schlusse des ersten Abs. der Gedankenstrich (—) zu streichen.

S. 976 Z. 5 v. o. l. „gemeinrechtlich", st.: gemeinschaftlich
= 982 = 14 = u. l. „seine", st.: eine
= 990 ist in der Note 19 Z. 7 v. u. zu lesen: „jede", st.: jene
= 994 Z. 4 v. u. l. „Maßgabe", st.: Maßstabe
= 996 = 11 = o. l. „linken", st.: rechten
= 1010 = 14 = = l. „(§. 103)", st.: (§. 102)
= 1011 ist der Note 29 beizufügen: Näher betrachtet müssen Promotionskosten von den Habilitirungskosten geschieden werden. Die ersten gehören nach den bestehenden Einrichtungen zu den Studienkosten und sind daher so wenig wie die Vorbereitungskosten zur künftigen Lebensstellung zu konferiren.
= 1014 in der Note 45 muß das zweite Allegat lauten: „Allg. G.O. II, 6, §. 17", st.: A. G.O. §. 7.
= 1016 Z. 7 v. o. l. „müsse", st.: müssen
= 1017 = 7 v. o. l. „gewonnen", st.: genommen
= 1023 = 6 = u. ist vor „aber" einzuschalten: welche
= 1027 = 17 = o. ist vor „Form" einzuschalten: in der
= 1031 = 1 = o. ist hinter „Erbschaft" die Note anzumerken: *) A. L.R. II, 2, §§. 490, 491.
= 1034 = 17 v. u. ist statt „Dennoch" zu lesen: Demnach
= 1046 = 10 = = l. „B", st.: C.
= 1049 = 7 = o. ist „nehmen" zu streichen.
= 1052 = 15 = u. l. „dem materiellen Erfolge", st.: der materiellen Erbfolge
= 1063 = 1 = = l. „Darnach", st.: Demnach
= 1074 = 3 = = l. „fortvererben", st.: forterben
= 1085 = 2 = = l. „soll", st.: solle
= 1087 = 16 = o. l. „zahlungsunfähigen", st.: zahlungsfähigen
= 1090 = 1 = = l. „auch", st.: nur
= 1099 = 3 = = l. „Den", st.: Dem
= 1104 ist dem §. 133 a. E. beizufügen: Vergl. jedoch oben, §. 122.
= 1106 Z. 16 v. u. l. „entgegensetzen", st.: entgegengesetzen
= 1108 = 1 = = l. „ungelöscht", st.: ungelöst
= 1110 = 7 = o. ist dem Absatz die Ziffer „5" vorzusetzen.
= 1114 = 5 = = ist hinter „es" einzuschalten: nicht
= = = 9 = u. l. „Ueberlastung", st.: Ueberlassung
= 1115 = 3 = o. ist hinter „nicht" einzuschalten: hat
= 1127 Note 36 l. „424", st.: 423
= 1134 Z. 9 v. o. l. „nisses", st.: niß
= 1142 = 7 v. u. l. „untergelegt", st.: unterlegt
= 1149 = 3 v. o. ist hinter „will" folgende Anm. einzufügen:

21 a) Das Obertr. sagt: eine solche Entsagung sei als Veräußerung aufzufassen und nach den für letztere geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Erk. v. 25. Nov. 1853 (Entsch. Bd. XXVI, S. 253) u. v. 24. April 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 44). Was damit gemeint wird, ist richtig, aber der Ausdruck erschöpft den richtigen Gedanken nicht. Denn die rechtzeitige und gültige und daher völlig wirksame Erbesentsagung ist auch eine Entäußerung, aber von der Art, daß ihr Gegenstand die Erbesqualität selbst ist. Die verspätete Entsagung ist nur eine Disposition über den materiellen Inhalt oder die Gegenstände der Erbschaft.

S. 1153 Z. 4 v. u. l. „§. 414", st.: §. 144.
= 1159 = 8 = o. l. „wann", st.: wenn
= 1164 = 2 = = ist hinter „ihm" einzuschalten: nicht
= = ist am Ende des Abs. a der Gedankenstrich zu streichen.
= 1170 Z. 6 v. o. l. „Regreß", st.: Rezeß
= 1171 ist der Anm. 1 beizufügen: Neuere erkennen diese Anwendung des tit. pro herede nicht an; solche ist auch nicht aus den Quellen geradezu nachweisbar, Pomponius erwähnt derselben in der L. 3 D. pro herede (XLI, 5) als einer der Vergangenheit angehörigen Meinung der Meisten: „Plerique putaverunt" etc. Dagegen widersprechen die L. 4 C. de usucapione pro herede (VII, 29) und die L. 4 C. de praescript. longi tempor. (VII, 33) dieser Meinung ausdrücklich. Das A. L.R. hat sich für diese Anwendung entschieden. I, 9, §. 614.
= 1172 ist der Anm. 10 a. E. beizufügen: und ebenso der Rechtsgrundsatz: „Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit." L. 1 D. pro herede (XLI, 5).
= 1173 ist in der Note 11 zu lesen: „§§. 494—498", st.: 494—398
= 1175 Z. 6 v. o. ist beizufügen: Nach preuß. Rechte kommt es jedoch, um auch einzelne Sachen pro herede zu usukapiren, nur auf den guten Glauben des vermeintlichen Erben an. (Oben, Anm. 1 in den Nachtr.)
= 1184 = 6 = u. l. „verheimlichen", st.: veräußern
= = = 4 = = l. „Das", st.: Da
= 1192 = 9 = = ist vor „Verjährungsfrist" einzuschalten: „dreißigjährigen", und der Anm. 16 beizufügen:
Vergl. Erk. des Obertr. vom 29. Mai 1865 (Entsch. Bd. LIV, S. 49).
= 1204 = 16 = = sind die Worte „der Verbindlichkeit" zu streichen.
= 1210 = 4 = o. l. „im", st.: in

# Sachen-Register.

(Die Ziffern beziehen sich auf die Seiten.)

## A.

## B.

## C.



## D.

## E.

## L.

## Q.



## R.

## S.

# Quellen-Register.

(Von dem Römischen und Kanonischen Rechte ist zur Raumersparniß, und weil das praktische Bedürfniß zu dem Raum- und Kostenaufwande nicht im Verhältnisse stehen würde, hier Umgang genommen.)

---

## I. Germanisches Recht.



## II. Preußisches Recht.

### 1. Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die preußischen Staaten.

## 2. Allgemeines Landrecht.

3. Anhang zum Allgemeinen Landrecht.

III. Französisches Recht.



IV. Oesterreichisches allgem. bürgerliches Gesetzbuch.



---

Druck von Fr. Frommann in Jena.

Koch, Christian Friedrich,

Das Preussische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt

Bd.: 2

Berlin (1866)